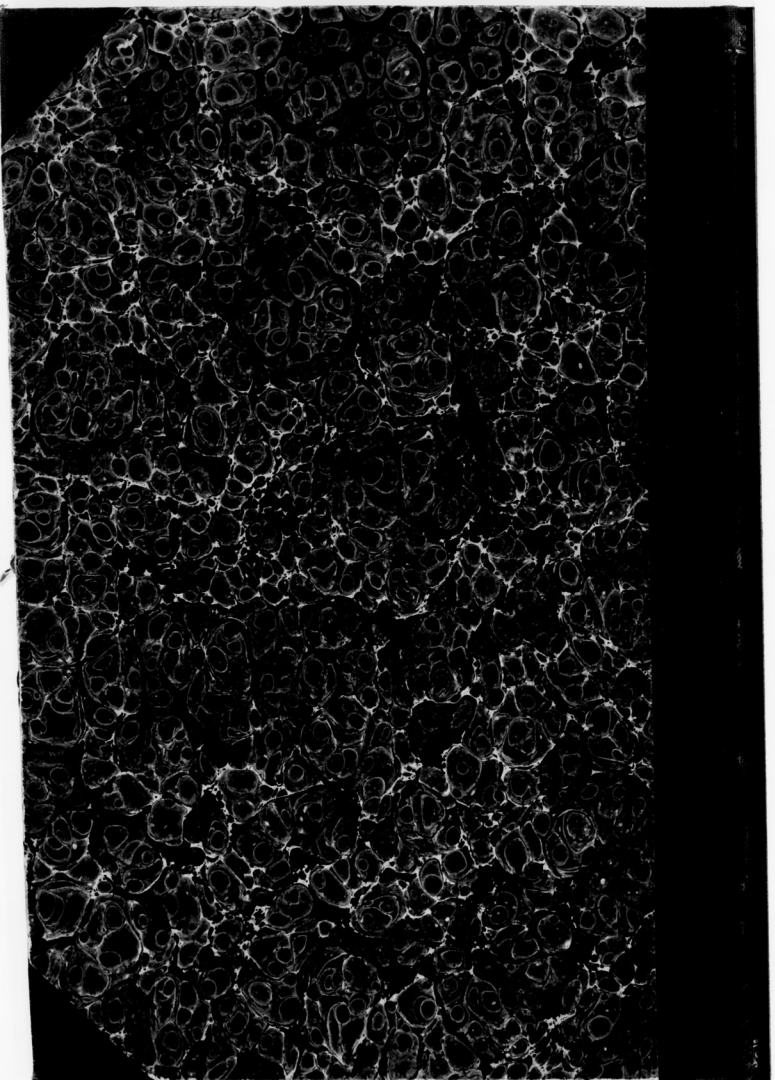
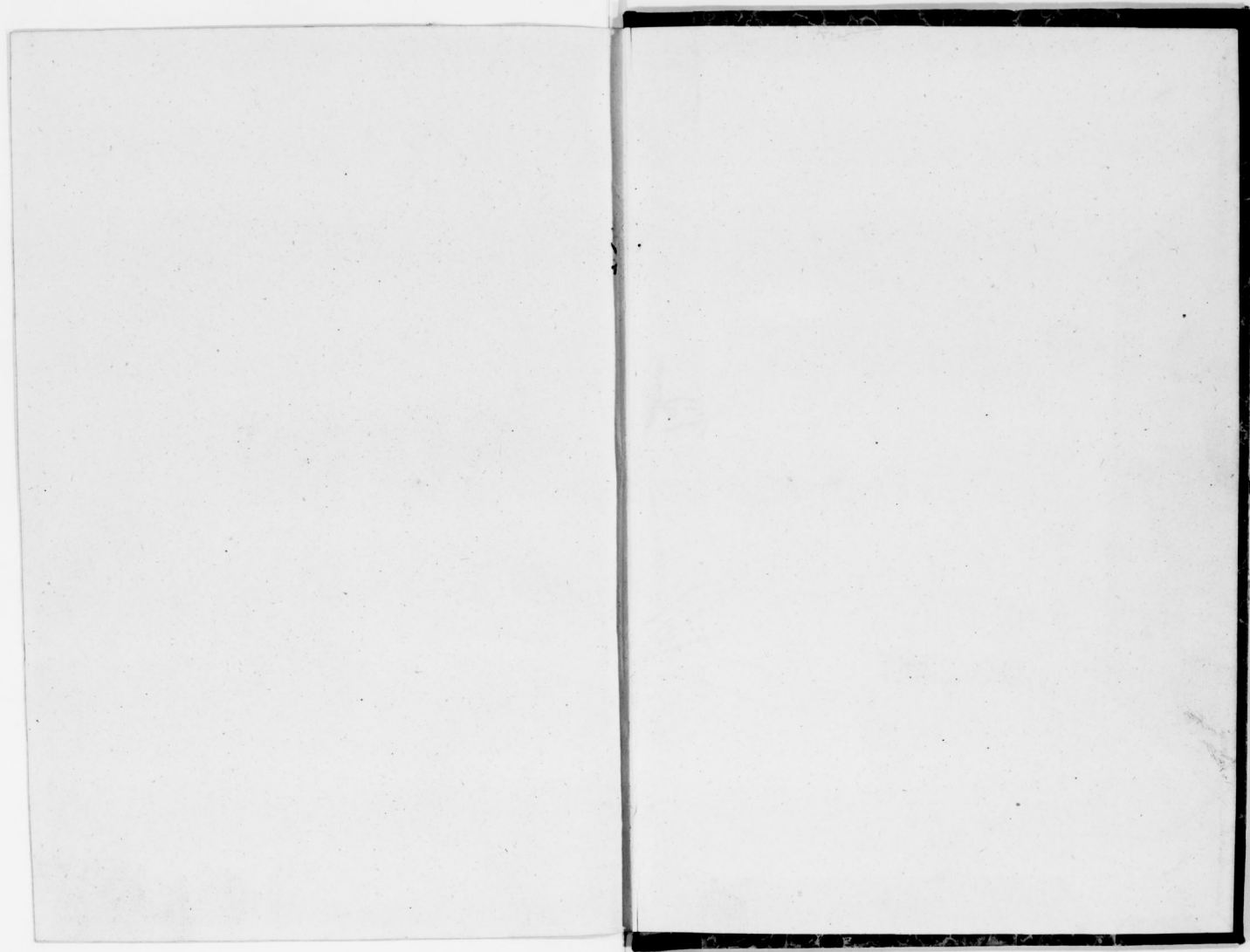


刑法總論講義

著者	飯田 宏作, 佐々木 茂三郎
出版者	和佛法律學校
雑誌名	和佛法律學校講義録
ページ	1-182
URL	http://hdl.handle.net/10114/6031



7.000



0385

刑法總論講義目錄

緒論	一
第一款 刑罰	六十五
第一章 總論	六十五
第二章 主刑	七十六
第一節 重罪ノ主刑	七十七
第二節 輕罪ノ主刑	九十五
第三節 違警罪ノ主刑	百五
第三章 附加刑	百六
第四章 刑罰ノ執行	百二十六
第一節 主刑ノ執行	百二十七
第二節 附加刑ノ執行	百五十七
第五章 刑罰ノ消滅	百五十八

第二款	犯罪	百八十八
第一章	犯罪ノ事實	百八十九
第一節	總說	百八十九
第二節	未遂犯	二百十二
第三節	未遂犯ノ處罰	二百三十六
第二章	犯罪人	二百三十八
第一節	無罪	二百四十
第二節	減輕	二百八十三
第三節	再犯加重	二百八十六
第四節	加減順序	三百三
第三章	犯罪及ヒ犯罪人ノ集合	三百七
第一節	數罪俱發	三百七
第二節	數人共犯	三百二十二

日本刑法講義

本法律學士 飯田 宏作先生講述

本校校友 佐々木茂三郎君筆記

(第一回)

緒論

緒論

諸君ヨ余ハ本學期ニ於テ諸君ト共ニ刑法ヲ講究スルコトナレリ
先ツ刑法ノ講義ニ入ルノ前ニ當リ法ナル意義ニ就テ一言セシニ諸君ハ既ニ法
學通論ニ於テ其梗概ヲ研究セラレシナラン然レトモ今精畧ニ其幽微ヲ開發セ
ントスルニハ自然哲學上ニ跋涉シテ其原理ヲ探ラサルヲ得ス然ルニ哲學上ニ
立入ルコトハ本來刑法講義ノ目的ニ非サルヲ以テ余ハ單ニ余ノ確信スル所ノ
說ヲ述フルニ止メントス

(刑法)

(再度)一

法トハ何ソヤ其意義ヲ説明スル極メテ困難ナリ其故ハ法ナル文字ハ本ト適當ナル譯字ニ非スシテ他ニ恰好ノ譯字ヲ發見セザレハナリ然レトモ今假リニ法ナル語ヲ用井之カ定義ヲ下セハ法トハ事物ノ關係ヲ支配スル總テノ規則ヲ云フ故ニ世上ニ現存セル凡百ノ事物ヲ網羅シテ之カ關係ヲ支配スル所ノ者ハ皆ナ法ナリ彼ノ遊星カ太陽ノ周圍ヲ運行シ月ノ地球ヲ廻轉スルモ引力ノ關係ニ因テ之カ法則ヲ支配スルモノナリ又鎮釘ノ力ニ藉ラスシテ此机ヲ天井ニ附着セシメントスルモ到底其効ヲ奏スルヲ得ス是レ机脚ト壇面ノ引力之カ關係ヲ支配スレハナリ其他禽鳥ノ空中ヲ翔リ獸畜ノ山野ヲ走ル等皆法ナラサルハ無シ是レ管ニ草木鳥獸ノミニ限ラサルナリ人類モ亦此法ノ下ニ棲息スルモノナリ今人ニシテ食食スレハ必ス其胃ヲ損シ劇動スレハ必ス疲ル是レ亦法ナリ其他如何ナル行爲ニテモ皆法ノ支配ヲ受ケサル者ナシ

以上陳ヘタル所ハ有形上ノ法ナリ人類ノ無形上ノ事ニ付テモ亦法ナカル可カラス一例ヲ舉示スレハ人ハ邪念ヲ惹起ス可カラサルカ如シ而シテ其然ル所以ノモノハ則チ余ノ身體ト精神ト關係ヲ支配スル法則アリテ然ルナリ尙又一步

ヲ進メテ吾人カ他人ニ向テ他人ヲ害スル勿レ篤實ニ保生セヨト云フコトモ又皆法ナラサルハナシ而シテ吾人ト他人トノ關係即チ社會ト人トノ關係ヲ規定スル規則ハ余假リニ之ヲ法律ト謂フ故ニ法律モ亦一ノ人類無形上ノ關係ヲ支配スル所ノ規則ニシテ彼ノ邪念ヲ去リ正實ニ保生シ他人ヲ害スル勿レト云ヘル規則ト一般ナリ唯タ其法中ニテ範圍ヲ限リ社會相互ノ關係ヲ支配スル法則ナリト言フニ過キササルナリ此ノ如クニシテ能ク法律ト道德ノ區別ヲ立ツルヲ得即チ道德ハ一身ト一身トノ關係ヲ支配シ法律ハ一身ト人類一般トノ關係ヲ規定スル法則ナリト謂フ可キナリ

法律ニ許多ノ種類アリ之ヲ大別スル時ハ自然法ト人定法トノ二トナル自然法トハ天然ノ知覺上然ラサル可ラサルノ規則ヲ曰ヒ此規則ニ少シク脚色ヲ加ヘ人類ノ手ニ成レル者ハ人定法ナリ而シテ此人定法ノ中ニモ之ヲ文章ニ著ハシテ法律ト爲スモノアリ又文章ニ著ハサスシテ自然ニ法律ト爲ルモノアリ是レ即チ成文法ト不成文法ト別ル所ナリ

又法律中ニハ公法アリ私法アリ公法ハ國家ト國家ト國家ト人民トノ關係ヲ

規定スル法律ニシテ私法トハ、私人ト、私人ノ關係ヲ規定スル所ノ法律ナリ、
 次ニ又法律ハ其目的ヨリシテ之ヲ種々ニ區別スルコトヲ得即チ或事ヲ爲ス可
 シト規定セル規則アリ又或事ハ爲ス可カラスト禁遏セル規則アリ又若シ或事
 ヲ爲ス時ハ罰様ノモノヲ受クシムルト規定セル法則アリ是等ノ規定ハ單ニ法
 律ノミニ限ラス不明瞭ナカラ法ニモ亦此規定アリ之ヲ例スレハ邪念ヲ起ス可
 カラスト云ヘル法アリ若シ之ニ違背スル時ハ心中甚タ不快ヲ感シ以テ良心ヲ
 刺激ス是即チ罰ヲ加フルナリ而シテ此加罰ノ法則ハ法律トナリテ益ス顯著ニ
 ナルモノナリ故ニ法律ニハ命令法アリ禁止法アリ制裁法アリ
 然ラハ則チ刑法トハ何シヤ此定義ハ學者間ニ於テ種々難多ノ定解ヲ下スト雖
 凡余ノ見ル所ニ因レハ刑法トハ社會ノ關係ヲ支配スル規則ノ違反ヲ罰スル所
 ノモノヲ云フ此定義ニ因レハ刑法ハ制裁法ニシテ公法ニ屬ス蓋シ一私人ト一
 私人トノ關係ヲ規定セルモノニ非ス社會ト一私人トノ關係ヲ規定セルモノ
 ナリ而シテ其目的トスル所ハ規則ニ違背スル所ハ者ヲ罰スルニ在レハ則チ一
 ノ制裁法ナリ而シテ又刑法ハ自然法ナルカ將タ人定法ナルカト謂フニ或ハ自

然法ナルアリ或ハ人定法ナルアリ而シテ其人定法ノ中ニモ成文法ナルアリ不
 成文法ナルアルヲ以テ一概ニ斷定スルヲ得サルナリ
 以上法律ト云フコト及ヒ刑法ト云フコトノ定義ヲ説了セリ
 倍テ余ハ一般ノ學者ノ如ク刑法ノ沿革ハ之ヲ陳ヘサル考ナリ佛國ニ於テモ刑
 法ヲ講述スルニハ先ツ最初ニ之ヲ陳フルヲ例トセリ其故ハ佛國刑法ナレハ其
 刑法ハ何レノ主義ヲ取り又如何ナル組織ニ因ルカヲ知得スルニ甚タ利益アレ
 ハナリ然レトモ日本刑法ハ近來佛國刑法ニヨリテ制定セラレシモノナルカ故
 ニ今佛國刑法ノ沿革ヲ陳フルハ多少其利益ナキニアラスト雖トモ日本刑法ノ
 沿革ヲ陳フルハ何等ノ利益アルヲ見ス然レトモ他日諸君カ歴史ヲ閱讀スル時
 ハ必ラス遭遇スル所之アル可キヲ以テ左ニ其要領ノミヲ摘シテ之ヲ陳ヘン
 何レノ國ヲ問ハス刑法ハ必ラス其因テ來ル所ノ沿革ナカル可ラス然ラハ其沿
 革ノ有様ハ如何ト云フニ先ツ往古ニ溯テ刑罰ノ狀態ヲ觀察スレハ加害者ヲ復
 讐スルノ意思ニ基ケルヤ疑フヘキニアラサルナリ少シシ進シテ人間ノ凡百ノ
 行爲ハ都テ神佛ノ支配ニ歸シ若シ惡事ヲ爲ス時ハ神佛ノ命令ニ憑リテ其者ヲ

責罰スルノ思ヲ爲セリ是レ即チ宗教上ニ基ケル刑罰ナリ漸ク降リテ社會ノ狀勢倍ス堅固トナリ政府ノ勢力大ニ強盛トナルニ隨ヒ刑法ノ主義茲ニ一變シ來リ竟ニ宗教上ノ刑罰ヲ脱シテ政治上ノ刑罰トナリ此時代ニ在リテハ縱ヘ一己人ニ向テ罪ヲ犯スモ一國政府ノ主長ニ向テ罪ヲ犯セル者ト爲シタリシカハ國事犯者ノ如キハ最も嚴重ニ之ヲ責罰セリ尙ホ愈ヨ進ンテ今日ハ社會上ノ刑罰トナリ刑罰ヲ加フル所以ハ決シテ神佛ニ對シ政府ニ向テ之ヲ侵犯スルニ非スシテ社會ノ秩序ヲ攪亂スルモノトセリ諸君若シ我國ノ歴史ヲ討究スレハ必ス此四個ノ時代ニ遭遇スルナルヘシ

前キニ余ハ刑法ハ社會ノ關係ヲ支配スル規則ノ違反ヲ罰スル法律ナリト云ヘリ左レハ此法律ニ違反スル以上ハ如何ナル所爲ト雖トモ之ヲ罰スヘキカ又社會ハ此違反者ヲ罰スルノ權アルヤ否ヤハ第一ニ起ル所ノ問題ナリ

此問題ハ少シク人定法ナル刑法ノ關係ヲ離レテ哲學上ノ問題ニ入レリ故ニ之ヲ研究スルモ何等ノ利益ナキカ如シト雖トモ學理上之ヲ查攷セサル可カラサルハ勿論法律上ヨリ之ヲ觀察スルモ極メテ必要ナル問題タリ此問題ノ決定如

何ニ因リテ大ニ立法者ノ權利ニ消長アリ若シ夫レ社會ハ此法律ノ背反者ヲ罰スルノ權ナシトスレハ當初ヨリ刑法ヲ作ルヲ得ルノ理ナキナリ之ニ反シテ社會ニ此權アリト斷定スレハ此所爲ニ付テハ何々ノ權利ヲ有シ彼ノ所爲ニ付テハ何々ノ權利ヲ有スルカヲ探究スルノ必要ヲ生ス抑モ立法者カ社會ニ此權利アリト決定スル以上ハ最早此問題ノ決定ヲ終ヘタルモノトスルカ曰ク尙ホ刑法上一ノ難問ヲ生ス即チ立法者ハ如何ナル主義ニ基キ其刑罰權ヲ規定シタルカヲ決定スルノ必要ヲ感セリ而シテ講法者ト適用官ト問ハス此問題ノ利益ヲ享クルモノナルカ就中最モ適用官ニ取テ利益ノ著シキヲ見ル今之カ一例ヲ舉クレハ我國刑法ニ在テハ何年以上何年以下ト云ヘル如ク各刑期ノ長短アリテ單ニ一年トカ二年トカ云ヘル如ク其刑期ヲ一定セス故ニ適用官ハ被告人ニ科スルニ何ノ刑ヲ以テス可キカ二ヶ月ノ刑期ヲ科ス可キカ將タ四年ノ刑期ヲ科ス可キカ其標準ハ何ニ因テ之ヲ定ムルヤ是レ必ス立法者ノ執ル所ノ主義ヲ認識シテ其標準ヲ定メサル可ラス即チ立法者ハ此主義ヲ執レルカ故ニ此刑ヲ科ス可シ彼ノ主義ニ基ケルカ故ニ彼ノ刑ヲ施サ、ル可カラスト云ヘル如ク其

主義ノ如何ニ因テ其刑ノ長短ヲ判別セサルヘカラス故ニ立法者ニシテ純正主義ヲ執ランカ茲ニ一ノ被告人アリテ大ニ社會ノ秩序ヲ紊ルモ其心ハ純正潔白ノ者ナリトモハ可及的輕刑ヲ科セサル可カラス若シ又立法者カ實利主義ニ基ケルトモハ前例被告人ノ如キハ可及的之ヲ嚴罰セサルヘカラス是レ適用官ニ取テ之ヲ研究スルノ必要ナル所以ナリ又講法者ニ取テ必要ナルノ點ハ若シ我國ノ立法者ノ執レル主義ニシテ非理不正ノ主義ナランカ則チ他ノ正實ノ主義ヲ執テ程能ク之ヲ活用シ以テ其弊ヲ矯正セサル可カラス是レ講法者ニ取テ之ヲ研究スルノ必要ナル所以ナリ然レトモ刑罰權ノ基礎如何ノ問題ヲ決定スルノ前ニ當リ尙一問題ノ討究セサル可カラサルモノアリ凡ソ刑罰ナルモノハ毫末ト雖トモ社會ノ形迹アル以上ハ必スヤ現出シ來ルノ事實アリ然ラハ此刑罰ハ道理ニ適セルヤ否ヤ若シ之ヲ以テ不正不當ノモノト爲ス時ハ現行刑法ハ全ク廢セサル可カラサルニ至ラン是レ第一ニ決ス可キノ問題ナリ此說ハ表面奇怪ナルカ如シト雖トモ亦一或曰ク社會ハ人ヲ罰スルノ權ナシト此說ハ表面奇怪ナルカ如シト雖トモ亦一

理ナキニ非ス先ツ其理由ノ主タル所ハ元來社會ニ罪人ノ増加スルハ何故ナルカ蓋シ社會カ爲ス可キノ義務ヲ盡サ、ルカ故ナリ若シ社會カ盡ス可キノ義務ヲ盡スモ尙罪人ノ現出スル時ハ則チ之ヲ罰スルノ權アララン然ルニ己レ先ツ其義務ヲ盡サスシテ罪人ヲ捉ヘテ之ヲ罰ス是レ所謂暴ナリ若シ夫レ社會ノ義務ヲ盡シ即チ教育ヲ獎勵シテ智育ハ勿論德育ヲモ發達セシメハ竟ニ罪人ノ述ヲ社會ニ絶ツニ至ランノミ加之刑罰ヲ以テ立法者ノ目的ヲ達セントスルハ猶木ニ縁テ魚ヲ求ムルカ如ク到底其効ヲ奏スルヲ得サルヘシ其故ハ立法者ノ一大主眼トスル所ハ罪人ヲシテ述ヲ社會ニ絶タシムルニ在リ然ルニ刑罰ヲ以テ此舉ヲ遂ケントスルハ却チ罪人増加ノ媒孽トナランノミ豈ニ之ヲ除去スルヲ得ンヤ一例ヲ引テ之ヲ證センニ古來慘酷ナル死刑ヲ目撃セル者ハ自然ニ其慘酷ニ慣レテ死刑ヲ犯スモノ益ス多シト云ヘリ若シモ刑罰ヲ以テ罪人ヲ減少スルコトヲ得ルトモハ竟ニ再犯者無ギニ至ル可キ筈ナルニ各國犯罪人ノ統計表ニ據レハ却チ反對ノ現象ヲ呈出セルヲ以テ見ルモ社會ニ刑罰權ナキヤ益ス明瞭ナリト云フコトアリ

此説ハ甚ク巧妙ナレトモ言フヘクシテ決シテ行ハレサル説ナリ成程論者ノ主張スル如ク能ク其目的ヲ達スルヲ得ハ之ニ過キタルコトハ無カル可キモ斯ル現象ハ幾千萬年ノ後ニ非サレハ遭遇ス可カラサル事實ナリ何トナレハ現在社會ノ狀勢ヲ觀察スルニ教育ノ周密ナルニ隨ヒ罪ヲ犯スモノ益ス功者ニ赴クノ有様ナレバ教育ノ實功ヲ舉ケンコト極メテ困難ナレハナリ然ラハ刑罰ハ反對論者ノ言ヘル如ク果シテ罪人ヲ滅スルヲ得サルカト云フニ決シテ然ラス尤モ犯罪人ノ統計表面ニ於テハ年々罪人ヲ増加スルノ傾キアルヲ見ルモ人口増加ノ割合ニ比スレハ其數ヲ減少セルニ相違ナシ唯其減少ノ成績ヲ統計表ニ掲載スルヲ得サルノミ蓋シ人ノ刑辟ニ陷ルヲ見テ自ラ惕然警省スルノ念ハ冥々ノ中ニ存スルモノナリ故ニ刑罰ハ全ク罪人ヲ滅スルヲ絶タシムルヲ得サルモ亦能ク其數ヲ減少スルノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナリ

論者又曰ク人ノ善事ヲ爲スハ其性質ニシテ惡事ヲ爲スハ其痼病ナリ今若シ人ノ腦獎ヲ解剖シテ之ヲ驗スレハ或ハ慘酷ノ性ヲ帶フル者アラン或ハ貪婪ノ性ヲ帶フル者アラン又或ハ慈惠ノ性ヲ帶フル者アラン而シテ慘酷ノ性ヲ帶フル

者ハ必ズ人ヲ殺シ貪婪ノ性ヲ帶フル者ハ必ズ物ヲ盜ム又慈惠ノ性ヲ帶フル者ハ人ヲ殺サス物ヲ盜マスシテ能ク貧者ヲ恤ミ弱者ヲ助ケン貧者ヲ恤ミ弱者ヲ助ケル人ハ健康ノ人ナリ人ヲ殺シ物ヲ盜ムハ疾病ニ罹ル人ナリ今茲ニ處刑患者アランニ之ヲ殺サスレテ汲々ト其治療ノ方ヲ求メ疥癬患者アランニ之ヲ人外ニ僇辱セス致々トシテ其毒ヲ消滅スルノ道ヲ求メン而シテ獨リ彼痼病患者ニ至テハ之ヲ治スルノ法ヲ講セスシテ却テ刑辟ヲ施シ其性命ヲ絶ツノ道理アラシヤト

此論ハ一場ノ笑話ニ近シト雖トモ亦醫師ニシテ法學ノ一斑ニ通曉セル者ノ熱心ニ辯難セシ所タリ余ハ醫師ニ非サルヲ以テ之ヲ論駁スルノ困難ヲ感スト雖トモ現今ノ醫師ハ斯カル奇説ヲ唱フル者之ナキヲ以テ見レハ其論據ノ誤レルヤ明了ナリ縱ニ其論據ハ正確ナルモノトスルモ論者ハ果シテ其痼病ヲ療治シ得ルカ余ハ其決シテ能ハサルヲ信スルナリ何シ刑罰ノ威力ニヨリ罪人ヲ以テ減少セシムルノ効驗アラシムルニ如カシヤ

今假リニ社會ニ刑罰ノ權利アリトセハ何故ニ此權利アリヤ又如何ナル主義ノ

權利ナリヤ等ノ問題ニ付議論數派ニ分レタリ其論據ハ各異ナルモ其主義ハ本ト
 (第一) 説ハ復讐主義ナリ其説ニ謂ラク古今社會ノ情態ヲ監ミルニ刑罰權ハ本ト
 復讐主義ニ基クモノナリ蓋シ往古社會ノ幼稚ナル時ニ當リテハ各人他ヨリ害
 ナ受レハ自ラ手ヲ下シテ之カ復讐ヲ爲セリ世運漸ク發達シ人智漸ク進歩スル
 ニ隨ヒ人々自ラ復讐ヲ行フハ國家ヲ紊亂シ秩序ヲ破壞スルノ惡手段ナルヲ
 覺知シ此權ヲ以テ社會ノ主長ニ委任シ主長ハ各人ニ代リテ之ヲ行フコトナレリ
 此説ハ義キニハ一人互ニ此權ヲ行ヒ後ニハ主長獨リ此權ヲ行フモ其復讐タ
 ルノ性質ニ至リテハ毫モ異ナル所ナク唯主長カ一人ニ代リテ之ヲ行フタル
 ニ過キサルナリ此復讐主義ニ因リ社會ニ刑罰アリトセリ蓋シ復讐ハ各人天賦
 ノ性ニ非サルモ亦一種ノ情ナリ故ニ此情ニ本ツキ漸次ニ刑罰ノ生出セシモノ
 トスルモ一概ニ不當トスルヲ得サルカ如シ然レト此説ハ古代ノ説ニシテ今日
 ハ之ヲ採用スルヲ得サルナリ先ツ第一ニ事實ハ論者ノ言ノ如クナルニモセヨ
 昔時復讐ヲ善良ナル主義トスレハトテ今日モ尙ホ其主義ヲ繼襲スヘキニアラ
 ス若シ昔時採用セシ所ノ事ハ今日モ宜シク之ヲ摹倣スヘシト云ハ、彼ノ亞弗

利加國ノ一地方ノ蠻民ハ能ク人ヲ喰ヒシ故ニ今日モ亦宜シク人ヲ喰フヘシト
 云フニ至ラン第二既ニ此説ヲ主張スル者ノ言ヘルカ如ク復讐ハ人ノ情ナリ其
 天賦ノ情ナルカ故ニ此主義ヲ取リタルモノトスレハ刑罰ハ善人ト惡人トヲ撰
 ハス之ヲ罰セサル可カラサルニ至ラン例ヘハ一人ノ君子アリテ正道ヲ唱ヘン
 ニ此時ノ主長君子ノ説ヲ嫌忌スルトキハ忽チ之ヲ罪スルニ至ラン是豈ニ刑罰
 ノ本旨ナランヤ第三此主義ニ基キテ刑罰ヲ規定スルトハ其刑ノ苛酷ニ流ルハ
 必然ノ結果ナリ何トナレハ復讐ハ人々ノ固有セル一種ノ情ナリ苟モ情ニ任ス
 ルトキハ假令ヘ茲ニ人アリテ一拳ヲ吾人ノ頭上ニ加ヘハ吾人ハ其情ノ激昂ス
 ルニ因リ必ス五拳六拳ヲ返打セサレハ止マサル可シ刑罰モ亦之ト同一理ナリ
 僅ニ毫釐ノ物ヲ盜ム者アルモ其極竟ニ犯者ノ性命ヲ絶ツニ至ラン反對論者之
 ヲ駁シテ曰ク若シ刑罰權ヲ一人ニ放任スル時ハ或ハ慘酷ノ弊害ヲ醸ス可キ
 モ之ヲ社會ニ委スル以上ハ決シテ此患ナカル可シ然レト復讐ハ一種ノ情ナ
 ルニ相違ナケレハ決シテ一定ノ標準ヲ立ルヲ得ス故ニ罪ヲ犯セシ者ニハ何程
 ノ復讐ヲ爲ス可キカラ定ムル能ハサルナリ若シ又標準ヲ立ルヲ得ルトセハ是

レ情ニアラスシテ必ラス情以外ノ者ナリ果シテ然ラハ刑罰權ノ基礎ハ情ニ非
 スシテ情以外ノモノナリ情以外ノモノトハ如何ナル物ナルヤト云ハ再ヒ本
 ノ疑問ニ歸ル故ニ復讐主義ハ何レノ點ヨリ論スルモ其可ナル所アルヲ見ス
 (第二説ハ契約主義ナリ此説分レテ二トナリ二説互ニ其論鋒ヲ異ニセリ其第一
 ハルーン氏ノ説ナリ曰ク社會ノ眞面目ハ人々相互ノ關係モナケレハ他ヨリ
 社會ヲ組立テ其規則ノ下ニ符束セラルトコトモナク全ク自由平等ナルモノナ
 リ若シ其間ニ毫末ノ關係ヲ生スレハ忽チ葛藤ヲ生シ弱肉強食各人其生ヲ聊ス
 ルヲ得サルニ至ラン是ヲ以テ人々相團結シテ社會ヲ組成シ一箇ノ規則ヲ立テ
 ハ各自ニ之ヲ遵奉シ若シ其規則ニ違反スル時ハ刑罰ノ制裁ヲ受ク可キ旨ヲ約
 束ス是レ社會契約主義ノ起リ所以ナリ斯クシテ刑罰ハ本ト各人ノ規約ニ成
 レルモノナレハ若シ法ニ背キ罪ヲ犯ス者アル時ハ直チニ其者ヲ捕ヘ之ヲ罰ス
 是レ甚タ正當ナリ第二説ハ他ノ學者ノ説ナリ曰ク社會ノ創始ニ當リテハ各人
 互ニ防衛權アリ即チ人若シ已レヲ殺サントセハ之ヲ殺シ吾物ヲ盜マントセハ
 之ヲ捕ヘルノ權アリ此權利ハ何人モ之ヲ不正ナリト認ムル者ナク今日ト雖ト

モ正當ノ點ハ之ヲ非理ナル者ト認メサルナリ然レトモ甲乙ヲ問ハス丙丁ヲ論
 セス皆此權利ヲ有スルカ故ニ相互ニ防衛權ヲ濫用シ相殺戮シ相毀傷シ一日ト
 シテ平穩ノ時ナキニ至レリ是ニ於テカ各自ニ其權利ヲ放棄シテ之ヲ社會ニ一
 任シ社會ハ各人ニ代リテ之ヲ行フ此ノ如ク社會ハ契約ニ因テ此權利ヲ得タル
 モノナルカ故ニ其權利ハ甚タ正當ナリ
 先ツルーン氏ノ説ヨリ駁センニ同氏ハ第一ニ其基本ヲ誤ルモノナリ社會ノ
 人民ハ果シテ斯カル契約ヲ爲セシヤ否ヤハ漠トシ知ルヲ得ス道理上ヨリ見ル
 モ其架空ノ言ニ屬スルヤ明カナリ何トナレハ則チ人間ハ原ト社會ヲ創造スル
 ニ非サレハ其生ヲ保ツヲ得ス此理論ハ極メテ深奥ニシテ一場ノ講義ニ盡ス可
 キニ非サレハ暫ク之ヲ略ス左レハ決シテ契約ニ因テ社會ノ始マリシモノトス
 ルヲ得ス今假リニ一步ヲ譲リ之カ契約アリシモノトスルモ尙此説ニ從フヲ得
 ス其故何シヤ若シ契約ニ因リ各人自由ノ權利ヲ放棄シテ其子孫マテ違法ノ時
 ハ之カ刑罰ヲ受クルコトヲ承諾セリト云フガ果シテ然ラハ一般人民ハ自然權
 ノ一部ヲ割テ之ヲ譲リ渡セシモノト言ハサル可ラス然ルニ佛國法典ノ下ニ在

アハ自然權ハ譲リ渡スコトヲ得ストセリ然ラハ假令條件付ト雖トモ其子孫ノ生命財産ヲ擧ケテ社會ニ委任スル契約ハ無効ナルヤ言テ俟タルナリ且ツ又之ヲ以テ契約ニ基因スルモノトスレハ若シ一國ノ多數人民カ其刑罰ノ嚴酷ナルヲ厭忌シ之ヲ取消ス可シト云フ時ハ之ヲ廢スルコトモ得キ道理ナリ果シテ然ラハ刑罰權ハ行フ可カラサルコトトナリ再ヒ社會ノ秩序ヲ紊亂スルニ至ラン豈ニ危殆ナラスヤ

是ヨリ防衛權說ヲ駁センニ元來防衛權ノ正當ナルヤ余モ亦疑フ容レス然レトモ刑罰ヲ以テ防衛權ト爲スニ至リテハ其非ヲ鳴ラサハルヲ得ス抑モ防衛權ハ現ニ切迫セシ焦眉ノ危急ヲ防禦スルニ在リテ刑罰ニアラス刑罰ハ危害ノ切迫セシトキニ科ス可キモノニ非スシテ危害ノ既ニ去リタル後ニ科ス可キモノナレハ刑罰ハ決シテ防衛權ニ非ス既ニ刑罰ハ防衛權ニアラストセハ今日ノ刑罰モ亦決シテ防衛權ニ基ケルモノト云フヲ得ス若シ防衛權ニ基ケルモノトスレハ其犯人ノ所爲ハ善事トナシ惡事トナシ荷モ己レニ害アル以上ハ之ヲ責罰スルニ至リ又其犯人ノ幼者ト狂狂者ト問ハス之ヲ刑辟ニ陷ルハニ至ラン然ルニ

(第二回)

各國ノ刑法ヲ觀ルニ所謂犯罪人ナル者ハ必ス智識ヲ具フルコトヲ要ス未タ毫モ是非ヲ判別シ能ハサルモノヲ罰スルノ法アルヲ聞カサルナリ亦以テ此說ノ取ルニ足ラサルヲ證スヘキナリ

(第三説)ハ社會防衛主義ナリ此説ハ前説ト相類似スルモ刑罰ヲ以テ契約上各人ノ防衛權ヲ譲リ渡シタルニ起因スルモノナリト爲サスシテ社會ニハ固有ノ防衛權アリト爲スモノナリ其言ニ曰ク社會カ犯人ニ對シテ刑罰ヲ施スハ社會ニ防衛權アルカ故ナリ蓋シ一個人ノ防衛ハ或條件ノ備ハリタルトキニハ吾人カ權利ノ實行ニシテ正當ノ事タリ然ラハ則チ一個人相聚リテ組織シタル社會ニ於テモ亦此權利ヲ有スルコトハ固ヨリ疑フ可キ所ニ非ス決シテ一個人ヨリ譲リ渡スヲ待テ始メテ之ヲ有スルニアラサルナリ唯社會固有ノ防衛權ハ一個人ノ防衛權ト其趣ヲ異ニスル所アリ即チ一個人ノ防衛權ハ危害ノ目前ニ切迫シタル時ニアラサレハ之ヲ行フコトヲ得スト雖トモ社會固有ノ防衛權ハ危害ノ既ニ去リタル後即チ犯罪ノ結果タル損害ノ成就シタル後ニ於テモ尙ホ之ヲ行

フコトヲ得ヘキナリ蓋シ社會カ刑罰ヲ以テ防衛セントスルハ既ニ生シタル危害ニ非スシテ將ニ生セントスル之ト類似ノ危害ナリ例ヘハ今茲ニ犯人ナル甲者ヲ罰スルコトアリトセンニ此刑罰ハ獨リ甲者ニ對シテ防衛權ヲ行フノミニ非スシテ將ニ後來罪ヲ犯サントスル所ノ乙者丙者等ノ如キモノヲモ防衛セント欲スルナリ

此說モ亦取ルニ足ラサルナリ蓋シ此說ハ彼ノ危害ノ既ニ去リタル後ヨ用ユル手段ハ防衛ト謂フ可ラストノ非難ヲ免ル、チ得ヘシト雖トモ然ルニ社會カ刑罰ヲ施スヲ以テ將ニ後來ニ生セントスル危害ヲ防衛センカ爲メナリト爲スニ至リテハ是レ威迫ト防衛トヲ混同シタルモノト言ハサルチ得サルナリ何トナレハ今甲者ヲ罰シ以テ乙者丙者等ノ如キ將ニ後來罪ヲ犯サントスルモノヲ防遏セント欲スルハ是レ威迫ニシテ防衛ニ非サレハナリ所謂防衛ナルモノハ文字ノ示スカ如ク眼前ニ切迫シタル危害ヲ禦クコトヲ云フナリ故ニ危害ノ未ダ生ゼサルニ先テ施行スル手段ハ決シテ防衛權ト稱スルコトヲ得サルナリ若シモ假リニ威迫ヲ以テ防衛ナリト爲シ正當ナル手段ナリト爲ストキハ無罪ノ者

(再版) 十

ト雖トモ罰セサル可ラサルニ至ラン例ヘハ爰ニ甲者アラシニ其人ハ實際正直ナルニモ拘ハラズ之ヲ誣テ犯罪人ト爲スモノアリ而シテ世人モ亦其誣言ヲ信シテ疑ハサルトキハ縱令甲者ハ無罪ナルモ之ヲ罰セサレハ後來チ懲スコトヲ得サルヲ以テ甲者即チ無罪ノ人ヲ罰セサルチ得ス亦之ヲ罰スルモ不可ナキナリ豈ニ此ノ如キノ理アラシヤ加之若シ此說ニ從フトキハ其刑罰ハ必ス苛酷ニ流ルハニ至ラン何トナレハ威迫ヲ行フニハ其手段ノ愈ヨ嚴酷ナルニ隨ヒ益ス其効驗著大ナルヘケレハナリ

(第四說) 實利主義ナリ其言ニ曰ク刑罰ハ社會人民ノ最大幸福ヲ守護スルカ爲メニ之ヲ設ケ之ヲ施スモノナリ蓋シ社會ノ一大原則ハ多數人民ノ最大幸福ヲ發達シ維持スルニアリ故ニ多數人民ノ最大幸福ヲ害スルモノアレハ之ヲ罰セサル可ラスト是レベンザム氏ノ主張セシ所ノ說ニシテ極メテ巧妙ナルモノハ如シ

然レトモ所謂多數人民ノ最大幸福ヲ發達シ保全スルハ果シテ社會ノ一大原則ナルヤ否ヤ是レ既ニ一大疑問ノ存スル所ナリ今假リニ一步ヲ讓リテ此原則ヲ

(刑 法)

(再版) 十九

正當ノモノナリト認ルモ到底此原則ニ據リテ刑法ヲ設定スルコトヲ得サルヘ
シ何トナレハ幸福即チ利益ナルモノハ時ト處トニ因テ異ナルモノニシテ一定
不變ノモノニ非ス例ヘハ日本國人ノ最大福利ハ必シモ英國人ノ最大福利ニア
ラス又今日ノ最大福利ハ必シモ數十年前ノ最大福利ニアラス隨テ此說ノ所謂
犯罪モ亦一定ナルヲ得ス例ヘハ日本國ニ於テ犯罪トナル可キ所爲モ英國ニ於
テハ必シモ犯罪トナルニ非ス數十年前ニ於テ犯罪タリシ所爲モ今日ニ於テハ
必シモ犯罪トナルニ非ス是ヲ以テ實利主義ニ從フトキハ決シテ犯罪ノ種類ヲ
一定スルコトヲ得ス隨テ刑罰ヲ一定スルコトヲ得サルナリ又同一ノ所爲ト雖
トモ時アリテハ有罪トナリ時アリテハ無罪トナルコトアラソ例ヘハ殺人ハ一
ノ犯罪ナルモ共殺サレタル人カ社會ニ生存スルモ害アリテ益ナキ者ナルトキ
ハ之ヲ殺スハ多數人民ノ最大福利ナリ故ニ之ヲ殺シタル者ノ所爲ハ如何ニ兇
暴ナルモ之ヲ罰スルコトヲ得サルヘシ之ニ反シテ多數人民ニ利益ヲ與フ可キ
場合ニ於テハ無罪ノ者ヲ罰スルモ亦妨ナカルヘキナリ毎ニ人ノ引例スルカ如
ク虎列刺病患者ノ如キハ之ヲ殺セテ以テ病毒ノ傳染ヲ防クハ是レ多數人民ノ

利益ナルカ故ニ虎列刺病ノ患者ハ宜シク死刑ニ處ス可シト云フニ至ラン果シ
タ此ノ如クナレハ是非善惡ノ差別ナクシテ罪人モ罪人タラス正人モ正人タル
ヲ得サルナリ是レ豈ニ正理ナランヤ
（第五説）純正主義ナリ此說ハ全ク前説ト相反スルモノナリ其言ニ曰ク刑罰ハ
純一ナル正道ニ據リテ之ヲ設ケサル可ラス蓋シ人ハ各自ニ良心ヲ具フルモノ
ナリ故ニ宜シク良心ニ從テ道理ニ適シタル行爲ヲ爲スヘキノ義務ヲ有セリ若
シモ一旦道理ニ背反シタル所爲ヲ爲スコトアレハ義ニ於テ宜シク之ヲ雪キ身
心ヲ清淨ニスルノ方法ヲ施サハル可ラス而シテ悔悟ノ如キ自發ノ作用モ亦一
ノ方法ナル可シト雖トモ其方法ハ此ニ止ラスシテ社會モ亦犯人ニ科スルニ適
當ノ刑罰ヲ以テシ其レヲシテ罪惡ナル汚穢ヲ洗滌セシムルノ權利ヲ有スルモ
ノナリ夫レ罪惡ノ社會ニ於ケルハ猶ホ他人ニ對シテ金錢ノ債ヲ負フモノ、必
ス之ヲ返済セサル可ラサルカ如シ故ニ社會カ犯人ニ刑罰ヲ施スハ即チ其レヲ
シテ社會ニ對シテ所ノ債務ヲ辨濟セシムルモノト謂フヲ得ヘキナリ然ラハ
則チ罪惡ヲ洗滌セシムルノ方法ハ如何シテ可ナルヤ亦惟犯人ノ負債額即チ其

罪惡ノ巨細淺深ト之カ辨濟賴即チ刑罰ノ輕重大小トノ權衡ヲシテ平均ナラシムルコトヲ務メサル可ラス而シテ其權衡ヲシテ平均ナラシメント欲セハ他人ノ一肢ヲ切レハ己レモ亦一肢ヲ切ラルヘク他人ノ一目ヲ瞎スレハ己レモ亦一目ヲ瞎セラル可キカ如ク宜シク罪惡ト刑罰トノ狀態程度ヲシテ同シカラシムヘシト云ヘリ

此說ハ之ヲ前ニ述ヘタル所ノ數說ニ比スレハ洵ニ取ルヘキモノアリテ存セリ然レトモ亦竟ニ心服スルヲ得サルナリ蓋シ說者ノ言ヘルカ如ク人ハ各正道ニ從フヘキノ義務アラシ又正道ニ背反スレハ其罪惡ヲ洗滌スヘキノ義務アラシ然ルニ社會カ之ニ干渉シ其レヲシテ罪惡ヲ洗滌セシムルノ權利ヲ有スト云フニ至リテハ余未タ其何ノ謂ナルヲ知ラサルナリ何トナレハ我人カ義務ヲ有スルハ未タ以テ社會カ此權利ヲ有スルコトヲ證スルニ足ラサレハナリ又假令其說チシテ十分ニ社會カ刑罰權ヲ有スル所以ヲ明カニセシムルモ尙ホ他ニ困難ヲ感スルノ點アラシ即チ罪惡ト刑罰トノ權衡ヲシテ平均ナラシメント欲スルノ一事是レナリ蓋シ說者ハ罪惡ヲ洗滌スルヲ以テ刑罰ノ目的ト爲セリ然ルコ

所謂悔悟モ亦罪惡ノ洗滌スヘキノ方法ナルカ故ニ犯人ヲ罰スルニ當リテハ先ツ悔悟ノ有無ト其淺深トヲ測知セサル可ラス又其他精神上ニ關スル諸件ヲ觀察セサル可ラス然ルニ他人ノ心意中ニ立入りテ其真相ヲ洞見スルハ決シテ人力ノ能スヘキ事ニアラサルナリ且說者ノ言ニ從ヘハ刑罰ヲ以テ罪惡ヲ消滅スルニ足ルモノト爲スモノハ如シ然レトモ人爲ノ刑罰果シテ能ク罪惡ヲシテ消滅セシムルヤ否ヤ余未タ之ヲ信スル能ハサルナリ而シテ本主義ヲ奉スル所ノ說者ハ此ノ如キ點ニ付キ何等ノ説明ヲモ爲サズ是レ余ノ心服スル能ハサル所以ナリ

(第六說)ハ折衷主義ナリ此主義ハ現ニ我刑法ノ採用シタル所ニシテ當今多數ノ贊成者ヲ有スルノ說ナリ此說タル其決定ハ畢竟一ニ歸スルモ其立論ハ則チ同シカラサル者アリ請フ逐次之ヲ說示セン

第一ニ說ヲ爲スモノアリ曰ク社會ノ刑罰ヲ行フ所以ノモノハ罪惡ヲ以テ社會ニ有害ナリトナスカ爲メニ非ス何トナレハ如何程有害ナリト雖トモ無罪ノ人ヲ罰スルコトヲ得サレハナリ故ニ刑罰ノ基本ハ正義ヲ措テ他ニ之ヲ求ムルヲ

駁論

折衷主義
ノ第二説

得サルナリ然レトモ正義ニ戻ルノ所爲ハ悉ク之ヲ罰スヘキモノナリト言フヲ得ス之ヲ罰スルニハ必ス其所爲ノ性質カ社會ニ害ヲ與フヘキモノナランコトヲ要ス故ニ刑罰權ハ正義ナル經ト社會ノ公益ナル緯トヲ以テ組織セラルモノナリト

此説ノ純正主義ト同シカラサルコトハ甚タ明白ナリ然レトモ其社會カ刑罰權ヲ有スル所以ノ理ヲ説明セサルニ至リテハ一ナリ蓋シ無罪ノ人ヲ罰ス可ラキルノ一事ハ未タ以テ有罪ノ人ヲ罰スヘキ所以ヲ證明スルニ足ラサルナリ況ンヤ社會ノ公益ニ至リテハ刑罰權ノ程度ニ過キスト言フヲ見レハ其刑罰權ノ基本ニアラサルハ説者ノ自ラ明言スル所ナリ

或ハ又説ヲ爲シテ曰ク苟モ人トシテ徳性ヲ有セサルモノナク智識ヲ有セサルモノナク自由ヲ有セサルモノナシ故ニ人善ヲ爲セハ其賞アリ惡ヲ爲セハ其罰アリ管ニ之ノミナラス又人ハ社會ヲ爲サハ可ラス社會ハ人生ニ必要ナルノミナラス人性上缺ク可ラサル義務ナリ何トナレハ人ハ徳性ヲ有スルモノナルニ若シ社會ヲ爲ササルトキハ其徳ヲ養成スルコトヲ得サレハナリ故ニ人ニハ

(再版) 二十四

駁論

會ヲ爲スヘキノ義務アリテ存シ社會ニモ亦人ヲシテ社會ニ入ラシムルノ義務アリテ存セリ故ニ社會ヲ爲シテ生活セサル可ラサルノ法則ニ戻リ社會ニ有害ナル行爲ヲ爲セハ社會ハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス而シテ其之ヲ罰スルハ正道ニ戻リタルカ爲メノミニシテ決シテ將來ノ害惡ヲ豫防センカ爲メニハアラサルナリ

此説ハ稍ヤ社會ニ刑罰權アルノ理ヲ説明シ得タルカ如シト雖トモ其實ハ然ラズ此説ニ據レハ社會ヲ爲スハ人生養徳上ノ義務ナルヲ以テ社會ニモ亦人ヲシテ社會ヲ爲サシムルノ義務アリテ存ス故ニ罪惡ヲ罰スルノ權利アリト云フニ過キス然レトモ是レ一ノ斷定ノミ社會ヲ爲スハ道徳上ノ義務ナレハ何ノ故ニ社會ニ刑罰權アリヤ蓋シ人ハ社會ヲ爲サハ道徳ヲ發達スル能ハサルノミナラス時トシテハ生命ヲ喪フコトアルニ至ル可レハナリ然トモ社會ハ刑罰ヲ使用スルモ尙ホ人ヲシテ社會ニ入ラシムルヲ得ルハ果シテ何等ノ理ニ由ルヤ若シモ道徳上ノ義務ナリトノ一事ヲ以テ之カ理由ト爲サハ道徳上ノ罪惡ハ總テ之ヲ罰スルヲ得ヘシ果シテ此ノ如クナレハ則チ彼ノ純正主義ト何ノ異ナ

(刑法)

(再版) 二十五

命令主義

命令主義
ノ第一説

ル所力之アラン (第三回) 一、折衷主義ノ一派ニ過キス而シテ此説ノ論鋒モ亦
(第七説)ハ命令主義ナリ是レ亦折衷主義ノ一派ニ過キス而シテ此説ノ論鋒モ亦
一ナラス
或ハ説ヲ爲シテ曰ク人ノ徳性ヲ有スルハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ故ニ人苟モ
一ノ罪惡ヲ爲ストキハ之ヲ洗滌セサル可ラス唯仔細ニ洗滌ノ方法ヲ觀察スル
トキハ其方法ニ區別アルヲ見ルヘシ即チ絶對ノ洗滌ト關係ノ洗滌ト是レナリ
絶對ナル罪惡ノ洗滌ハ上帝ニ賴ルコアラサレハ之ヲ爲スト得サルヲ以テ長逝
ノ後幽界ニ於テ此種ノ洗滌ヲ受クヘキモ關係ナル罪惡ノ洗滌ハ即チ然ラス現
世ニ於テ之ヲ爲スト得ルナリ然レトモ他ノ洗滌ノ如ク之カ爲ニ全ク清淨無垢
ト爲ルヲ得ス唯比較上幾分ノ洗滌ヲ爲スト得ルノミニシテ即チ自己ノ悔悟世人
ノ蔑視心中ノ恐怖等ハ是レ此洗滌ノ方法ナリト然レトモ縱令關係上ノ洗滌
ニモセヨ未タ此等ノ方法ノミヲ以テ足レリトセスニ於テカ刑罰ナルモノヲ
設ケテ其足ラサル所ヲ補足シ以テ可及の罪惡ヲ洗滌セシム是チ刑罰ノ性質ト

爲ス然ラハ則チ其刑罰ヲ施スノ權利ハ何人ニ屬スルヤ曰ク社會ニ屬ス其社會
ニ屬スル何ノ理ニ由ルヤ曰ク一ノ社會アレハ必ス威權ナルモノアリテ之ヲ制
御ス試ニ家族ノ小社會ヲ見ヨ父子ノ間ニハ父權アリ夫婦ノ間ニハ夫權アリ小
社會ニシテ既ニ然リ豈ニ獨リ大社會ニ於テ然ラサルノ理アラシヤ夫レ社會ハ
既ニ威權ヲ有シ隨テ命令ヲ爲スノ權利ヲ有ス而シテ命令ナルモノハ苟モ之ニ
背戾スル者アレハ加フルニ制裁ヲ以テセサル可ラス若シ加フ可キノ制裁ナケ
レハ徒令ノミ故ニ社會カ制裁ヲ用ヒ刑罰ヲ施スハ正當ニシテ即チ其權利ナリ
又或ハ曰ク社會ノ人類ニ缺ク可カラサルハ殆ント確定ノ理ナリ而シテ此社會
ヲ維持スルニハ必ス威權ナルモノアルコトヲ要ス若シ此威權ナカラシカ社會
ハ四分五裂シテ止マントス然ルニ社會ノ威權ハ命令ヲ爲スノ權ヲ得テ始メテ
活動スルヲ得ヘシ刑罰權ハ則チ此命令權ヨリ生シテ之カ實行ヲ確保スルモノ
ナリ
然ラハ則チ社會ハ其欲スル所ニ從テ命令ヲ下シ常ニ刑罰ヲ以テ之カ制裁ト爲
スヲ得ルカ曰ク否ラス其制裁ノ正當ナルヲ要ス而シテ制裁ノ正當ナルカ爲メ

ニ刑罰ヲ使用スル威權ノ正當ニシテ且制裁ヲ帶有スル命令ノ正當ナルヲ要ス然レトモ其正當ナルト否トハ何ニ由リテ之ヲ知ルヤ社會ノ習慣社會ノ思想社會ノ請求ニ適應スルモノヲ以テ正當トナシ而シテ其適否ヲ判別スルニハ一ニ道理ニ由ルヘキノミ故ニ道德法ニ戻ラサル限りハ社會ノ秩序上必要ナル事ハ皆之ヲ命令スルヲ得ヘシ

以上ノ所説ハ皆是レ命令主義ニシテ又折衷主義ノ一派ナリ其論鋒整然社會ニ刑罰權アル所以ノ理ヲ説キ盡シタルカ如シト雖トモ未タ俄カニ服スルヲ得ス第一ニ社會ノ威權アルコトヲ證明センカ爲メニ家族ノ小社會ヲ引例ト爲シタレトモ此一事ノミニテハ其理ヲ究極シタリト云フ可カラス假令小社會ニ威權アルハ眞ニシテ大社會モ亦同一ナリトスルモ尙ホ刑罰權ノ基本ヲ説明セス蓋シ小社會ニ行ハル、所ノ懲戒ト大社會ニ行ハル、所ノ刑罰トハ其性質ヲ異ニス何トナレハ彼ハ訓誨誘掖ヲ以テ目的トナスモ此ハ之レヲ以テ主要ナル目的ト爲サ、レハナリ

第二ニ社會ノ人ヲ罰スルハ命令スルカ故ニシテ其命令スルハ威權ヲ有スルカ

故ナリトノ言ハ誠ニ確言ナリ誰レカ之ニ反對スル者アララン然レモ未タ刑罰權

ノ基本ヲ説明セス蓋シ今余輩ノ聞カント欲スル所ハ社會ノ各人ニ命令スルヲ得ルハ何ノ理ニ由ルヤ之ヲ換言スレハ命令ハ即チ法律ナリ而シテ法律ニ背反スル者アレハ之ヲ罰セサル可カラサルハ余輩ノ既ニ了解スル所ナリ然レモ社會ハ何ノ故ニ此ノ如キ法律ヲ制作スルヲ得ルヤ是レ則チ今余輩ノ研究スル問題ナリ故ニ折衷主義ハ問題ヲ解スルニ問題ヲ以スル者ナリ

此ノ如ク諸説ヲ論駁シ去レハ遂ニ刑罰權ニハ何等ノ基本モナキモノ、如シ然レモ尙ホ他ニ一説アリ余ハ之ヲ以テ真正ニ刑罰ノ正當ナルヲ説明シタリト信ス請フ之ヲ左ニ述ヘン

社會保存主義

(第八説)ハ社會保存主義ナリ又之ヲ單ニ必要主義ト稱スルヲ得ヘレ夫レ社會ナルモノ、人類ニ缺ク可ラサルハ今更ニ之ヲ説明スルヲ要セス若シ社會ナカランカ人生ノ幸福安寧ハ勿論生命ノ保持徳性ノ發達モ得テ期ス可カラス世上百般ノ事社會ヲ保存シテ始メテ之ヲ成就スルヲ得ヘシ是ヲ以テ人生ノ生理上、道德上社會ノ保存ハ實ニ人類ノ社會即チ吾人ノ義務ニシテ又是レ權利ナリ刑罰

ナルモノハ即チ此社會保存ニ必要ナルヨリ生ズルモノナリ且社會カ刑罰ヲ施スハ其權利ナルコトハ容易ニ之ヲ證明スルヲ得ヘシ吾人各已レテ保存スルカ爲メニ行害者ニ害ヲ加フルノ正當ナルハ今日復之ヲ疑フ者ナシ然ラハ則チ各人ヲ以テ組織スル社會モ亦刑罰ヲ以テ加害者ヲ防遏スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ

上來説ク所ヲ一見スレハ頗ル他ノ諸説ニ類スルカ如シ然レモ多少ノ差異ナクンハアラス第一此主義ハ實利主義ニ類スルニ似タリ蓋シ彼ハ社會ノ最大幸福ヲ以テ刑罰ノ基本トナシ此ハ社會ノ必要ヲ以テ之カ基本トナセハナリ然レトモ利益ト權利トハ同一視スルヲ得ス前ニ述ヘタルカ如ク利益ハ二定不變ニアラサルモ權利ハ確定シテ動カス此主義ニ由レハ社會ノ保存ニ害ヲ加フル者ニ非サレハ如何ニ利益アリト雖モ之ヲ罰スルヲ得ス加害者ニ對スル所ノ權利ハ千古ニ亘リ萬國ニ通シ決シテ時ト處トニヨリテ變更スルコト利益ノ如クナラサルナリ

又此主義ハ社會防衛主義ト相類ス然レモ被ノ如ク過去ノ犯罪ニ對シテ防衛ス

ト云フニアラス此ニ至リテ犯罪人ヲ罰スルコト正當防衛ノ如ク正當ナル理由ヲ明カニセサルヲ得ス今社會カ犯罪人ヲ罰スル所以ハ其過去ニ屬スル犯罪ニヨリテ害ヲ社會ニ加ヘタルカ故ニアラス諸君請フ心ヲ潜メテ犯罪人ハ如何ナル者ナルヤヲ考察スヘシ例ヘハ竊盜犯人ハ社會ノ成立上必要缺ク可カラサル所有權ヲ侵ス者ニシテ自ラ之ヲ明言セサルモ共者ハ當ニ過去ノミナラス現在未來共ニ他人ノ所有權ヲ尊重セサルヤ其過去ノ所爲即チ犯罪ニヨリテ明白ナリ今現在ニ所有權ヲ蔑視シテ社會ヲ攪亂スルコト此ノ如キ者アルニ當リ之ヲ防遏シテ社會ノ保存ヲ圖ル何ノ不正當ナルコトカ之レアランヤ

是故ニ制罰權ノ基本ハ一アルノミ社會ノ保存即チ是レナリ但社會ノ保存ハ道德法ニ於テモ固ヨリ至貴至重ノ原則ナルヲ以テ社會保存ノ必要ヲ基本トシテ刑罰ヲ設クルモ決シテ道德ト乖離スルコトナシ然レモ直チニ道德ヲ以テ之カ基本ト爲スニ至リテハ到底人間ノ能クセサル所ナルハ前ニ説キタルカ如シ以上ニテ刑罰權ノ基本ニ關スル問題ヲ講シ畢リタリ以下直チニ刑法ノ明文ニ就テ講究スヘキ筈ナレバ尙ホ一事ノ茲ニ説カサル可カラサルモノアリ刑法適

刑法適用
ノ範圍ニ
付キ三問
題アリ

第一問

用ノ範圍即チ是レナリ
刑法適用ノ範圍ヲ講スルニ當リ先ツ刑法ハ如何ナル所爲ニ適用スルヲ得ルヤ
ヲ説カサルヲ得ス然レトモ是レ我刑法ニ細定スル所ナレハ之ヲ後日ニ譲リ今
ハ只左ノ三問題ニ就テ其大概ヲ説カン
第一 刑法ハ如何ナル處ニ適用スルヲ得ルヤ
第二 刑法ハ如何ナル人ニ適用スルヲ得ルヤ
第三 刑法ハ如何ナル時ニ適用スルヲ得ルヤ
此問題ニ關シテハ刑法草案中ニ明文アリタレトモ第一問及ヒ第二問ニ付テハ
修正ノ際之ヲ削除シタルヲ以テ現行ノ刑法ニハ明文アルコトナシ
第一 刑法ハ如何ナル處ニ適用スルヲ得ルヤ
刑罰權ノ基本上ヨリ論スルモ刑法ハ本來社會保存ノ爲メニ制定スルモノナル
ヲ以テ其社會ニノミ適用シ得ルモ他ノ社會ニ及ホスヲ得ス故ニ日本ノ社會ヲ
保存センカ爲メニ之ヲ設ケタルハ日本ニノミ之ヲ適用スルヲ得ヘシ特ニ成文
法ニ至リテハ一國主權ノ及フ處ニ限ラサルヲ得ス是ヲ以テ日本國主權ノ行ハ

ル、處即チ日本ノ領地内ニアラサレハ適用スルヲ得ス
然ルニ領地ハ學問上之ヲ區別シテ二種トナスヘシ現實ノ領地ト假定ノ領地ト
即チ是レナリ日本國現實ノ領地トハ日本主權者ノ支配スル所ノ土地ニシテ本
州四國九州北海道千島琉球其他ノ島嶼ヲモ包含ス

假定ノ領地ニ三種アリ近海艦船及ヒ占領地ノ三ツノモノ即チ是ナリ

第一 近海 洋海ハ元來世界ノ共有ニシテ何レノ國ニモ屬セス古人曾テ云ヘル
コトアリ縱合海面ニ經界線ヲ畫スルモ波濤一タヒ至レハ忽チ初ニ還リテ復タ
其形跡ヲ見ルコトヲ得ス蓋シ何レノ國ト雖トモ洋海ニハ主權ヲ行フ能ハサル
ノ謂ナリ且ヤ洋海ハ各國交通ノ道路ナリ道路ノ公共ニ屬スルハ普通ノ道理ニ
アラスヤ然レトモ此論ヲ適用シテ毫モ假借セザレハ各邦國ニ取リテ甚タ危險
ナルコトアルヘシ何トナレハ外國ノ軍艦自由ニ領地ニ接スルヲ得ルトセハ
各國ハ何ヲ以テカ其獨立安寧ヲ保持スルヲ得ンヤ例ヘハ我國將サニ外國ト戰
端ヲ開カントスルニ敵國ノ軍艦品川灣ヲ占領スルモ之ヲ拒絕スルヲ得サレハ
其危險最モ恐ル可シ故ニ國際法ニ於テ領地ニ沿フタル海上ノ幾部ヲ以テ領分

トナス而シテ其限界ハ海岸ヨリ世界中最も遠キ距離ニ達スル大砲ノ彈丸カ到達スル處ナリトス

第二艦船 艦船ヲ分ツテ又二ト爲サ、ル可ラス曰ク軍艦曰ク商船

一 軍艦ノ大洋ニ在ルトキハ之ヲ以テ領地ト見做スヘキハ勿論外國ノ假定領地即チ港灣沿海ニ在ルトキト雖トモ又自國ノ領地ト見做サ、ルヲ得ス蓋シ軍艦ハ一國主權ノ一部ヲ帶有シ軍事ノ機密ヲ齎載スルモノナルカ故ニ之ヲ不羈獨立他人ノ控制ヲ受ケサルコト領地ノ如クスルハ各自間ノ通義ナリ

二 商船ニ至リテハ假令其標頭自國ノ國旗ヲ掲クト雖トモ一ノ私有物ニシテ其居ル處ノ國法ニ服從セサル可カラス故ニ我商船ニシテ英佛ノ港灣内ニ在ルトキハ英法佛律ノ支配ヲ受クヘシ然レトモ若シ大洋中ニ在ルカ洋海ハ何レノ邦國ニモ屬セサルヲ以テ船籍國ノ法律ニ從ハシメサレハ他ニ途アルコトナシ

佛國ニ於テハ其港灣ニ在ル外國ノ商船ト雖トモ或場合ニハ佛國刑法ヲ以テ問ハサルコトアリ即チ條件ヲ具備スル場合はレナリ(第一犯罪ハ港灣内ニ生シテ

陸上ニアラズ)(第二犯罪人ハ其商船ノ乗組人ナリ)(第三被害者モ亦其商船ノ乗組人ナリ)(第四其犯罪ニヨリテ港灣内ノ公安ヲ擾亂サレス)(第五其犯罪ノ搜查審究ヲ請求サレス蓋シ此五條件ヲ具備シタル場合ニハ之レヲ抛擲スルモ主權ヲ害スルコトナケレハナリ

第三占領 是レ亦二個ノ區別ヲ爲スヲ要ス第一敵國ニ勝テ其領地内ニ入リ一時占領ヲ爲シタルトキハ未タ我領地ト爲シタルニアラスト雖トモ假定ノ領地トナシテ一切ノ主權ヲ行フヘシ是レ我軍事上其他住民ノ利益上此ノ如クセサルヲ得ス第二敵國ト戰フニ當リ路ヲ同盟國ニ借り其領地内ニ兵ヲ屯スルコトアリ此ノ如キ場合ニハ其軍人ヲ支配スルニ自國ノ軍律ヲ以テス然レトモ敢テ其他ニ及ホスコトヲ得ス

第二刑法ハ如何ナル人ニ適用スル乎

刑法ハ如何ナル人ニ對シテ其効力ヲ及ホスコトヲ得ルヤノ問題ハ刑法草案ニ之ヲ決定シアリシカ修正ノ際ニ削除サレテ現行刑法ニハ之レカ規定ナシ然レトモ今之レヲ研究スルハ決シテ無用ニアラサルナリ

刑法ハ其性質上土地ニ關スル規則ナリトノ一言ハ今日殆ント之ヲ爭フ者ナシ故ニ其土地ニ住スル總テノ人民ニ之ヲ適用スルヲ得是レヲ以テ日本領地内ニ在テハ適ニ日本臣民ノ犯罪ノミナラス外國人ノ犯罪ト雖トモ悉ク日本刑法ノ支配ヲ受ケサル可カラサルハ理ノ當然ナリ余カ前回ニ隙ヘタル刑罰權ノ基本ヨリ觀察スルモ此ノ如ク決定セサルヲ得ス夫レ刑罰ハ社會ヲ保存スルノ必要ヨリ之ヲ行フナリ然ラハ則チ社會ノ保存ニ妨害ヲ來スヘキ事アラハ之ヲ罰スルニ於テ何ゾ犯罪人ノ日本臣民タルト外國人タルトヲ問フヲ要センヤ被害者ニ至リテモ亦然リ假令其者我臣民ニアラスモ外國人ナリトスルモ我日本ノ社會ニ擾亂ヲ生スルコト同一ナレハ常ニ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ要ス

刑法ノ日本領地内ニ在ル者ニ對シテハ總テ之ヲ適用スヘキハ上來説明シタルカ如シ然レトモ之レカ例外ナシトセス即チ帝王是レナリ帝王ニ過惡ナシトハ萬古勳ス可ラサル格言ナリ尙ホ茲ニ一問題アリ即チ外國公使ノ犯罪ハ日本ノ刑法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ルヤ否ヤノ問題はナリ

外國公使
ノ犯罪ハ
我刑法ヲ
以テ罰ス
可カラス

夫レ果シテ我刑法ヲ以テ外國公使ヲ罰スルヲ得ルヤ否ヤ洵ニ疑フ可キノ問題ナリ而シテ或論者ハ以爲ラク之ヲ罰スルヲ得ヘント是レ過激ノ言タルヲ免レス何トナレハ公使ハ自國ノ命ヲ奉スル者ナレハ如何ナル秘密ノ事ヲ爲サハル可ラサルヤ知リ難シ故ニ宜ク日本ノ羈絆外ニ獨立ス可キナリ然ルニ若シ或刑法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ルトセハ公使ハ自國ノ主權ヲ全フスルヲ得サレハナリ論者又曰ク日本ノ羈絆外ニ獨立シ自國ノ主權ヲ保ツテ得ルハ正當ノ地位ニ立ツ時ニ在リ苟モ我國ニ於テ罪ヲ犯ストアレハ決シテ正當ノ地位ニ立ツモノト云フ可ラス既ニ正當ノ地位ヲ去ルハ隨テ獨立ノ特權ヲ失フヲ以テ日本ノ法律ノ下ニ服従スヘキハ當然ナリト此說モ亦取ル可ラス蓋シ此ノ如ク決定スル時ハ内國ト外國ト圓滑ニ交際スルヲ得ス又假令約定ニ於テ此ノ如キ處分ヲ許ストスルモ甚タ危險ナリ何トナレハ今英國カ日本ニ對シ秘密ヲ要スル事アリトセシニ若シ日本ニテ之ヲ疑ヒ其事ヲ發見セント欲セハ英國公使ヲ以テ犯罪者ト爲セハ足レリ即チ公使ハ罪ヲ犯セリト其家宅ヲ搜索シ又公使ヲ審問スル等ノ處分ヲ爲セハ容易ニ其事ヲ發見スルヲ得ヘシ故ニ若シ日本刑法ヲ以テ

外國公使
ノ犯罪ハ
國事ニ關
スルモ我
國刑法ヲ以
テ罰スル
ヲ得ス

公使ヲ罰スルヲ得ルトスレハ間接ニ外國公使ノ不羈獨立ヲ破ルニ至ラン且夫
レ公使ノ主權ヲ負荷スルハ原則ナリ故ニ英國公使ノ犯罪ハ即チ英國皇帝ノ犯
罪ナリ彼ノ皇帝ノ犯罪ハ我皇帝ニ於テ之ヲ罰スルヲ得ルカ是レ平人ノ平人ニ
對スルト同シク皇帝カ皇帝ニ罰ヲ加フルヲ得サルハ明ナリ故ニ之ヲ道理ニ質
スモ之ヲ實際ニ考フルモ外國公使ハ我刑法ヲ以テ罰スルヲ得サルナリ
論者又曰ク成程公使ノ家宅ヲ搜索スル等ノ處分ヲ爲セハ則チ大ナル不都合ヲ
ラン故ニ日本治罪法ハ適用スヘカラストスルモ刑法ニ至リテハ之ヲ適用セサ
ルヘカラスト然レハ既ニ治罪法ヲ以テ適用スヘカラスト爲セハ刑法モ亦適用
スヘカラスト何トナレハ刑法ト治罪法トハ區別スルノ理ハ毫モ之レナクハナ
リ佛國ニ於テモ其刑法ヲ外國公使ニ適用スルヲ得スト爲スノ說多數ヲ占有セ
リ然レハ若シ犯人即チ公使ヲ日本國內ニ居住セシムルハ大ニ日本ノ安寧ヲ
害スル場合ニハ宜シク之ヲ日本國外ニ放逐スヘキナリ
論者又曰ク他ノ犯罪ハ我刑法ヲ適用スルヲ得ストスルモ彼ノ國事犯ノ如キ一
國ノ安危ニ關スル罪ヲ犯セシ時ハ必ラス我刑法ニ據リテ之ヲ罰セサルハカラ

外國公使
ノ犯罪ハ
國事ニ關
スルモ我
國刑法ヲ以
テ罰スル
ヲ得ス

ス否ラサレバ日本ノ爲メニ甚タ危險ナリト此說モ亦非ナリ何トナレハ縱令其
罪ハ國事犯ナルモ苟モ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スレハ則チ凡テ公使ハ不羈獨立ナ
リト云フ原則ニ違ヘハナリ故ニ若シ外國公使カ日本國內ニ於テ日本政府ヲ顛覆
セント謀ル時ハ直ニ其本國へ逐還スヘシ而シテ其本國皇帝ハ之ヲ罰スヘキニ
之ヲ罰セス却テ之ヲ稱譽スレハ是レ其皇帝ハ教唆者ナリ若シ其教唆者タル皇
帝ヲ罰スルヲ得ルトセバ則チ亦公使ヲ罰スルヲ得ルモ前ニ述ヘタルカ如ク主
權者ハ之ヲ罰スルヲ得サルト同時ニ亦公使ヲ罰スルヲ得サルナリ故ニ此場合
ニハ戰端ヲ開クノ外ナキナリ
之ヲ要スルニ外國公使ハ如何ナル所爲ヲ爲スモ之ヲ罰スルヲ得ス然レハ此特權
ヲ有スルハ特ニ公使ニ限ルモノニシテ公使ノ僕婢ノ如キニ至テハ苟モ罪ヲ犯ス
コアレハ必ス之ヲ罰セサルヘカラスト否ラサレハ公使館ハ恐クハ日本惡徒ノ集
會所トナラシムルニ至ル日本ハ其國ニ對シテ其權利ヲ行使スルハ日本
此ノ如ク述ヘ來レハ日本刑法ハ公使ノ如キ例外ヲ除クノ外其土地ニ住スル者
ハ何人ヲ問ハズ總テ之ヲ適用スルヲ得ヘキヲ以テ土地ニ關スル刑法ナリト小言

フハモ、如シ而シテ刑法ノ性質ハ全ク土地ニ關スル法律ナカク又ハ人ニ
關スル法律ナルカヲ研究セサルハ未ダ全ク第一及ヒ第二ノ範圍ヲ説キ盡セ
ト云フヲ得ス之ヲ換言スレハ日本人カ外國ニ於テ犯罪アル時ハ其者ニハ日本
刑法ヲ適用スルヲ得ルカ若シ適用スルヲ得ルトセハ刑法ハ土地及ヒ人ニ關ス
ル法律ト云ハサルハカラス此點ニ付キ議論ナラズ、至マシテ法律ニ關ス
ル刑法ハ土地ニ關シテ人ニ關セスト云フ論者ノ説ニ由レハ第一刑法ハ二ノ性質
ヲ有スルヲ得ス故ニ土地ニ關スルモノトスレハ人ニ關スルモノトスルヲ得ス
又人ニ關スルモノトスレハ土地ニ關スルモノトスルヲ得ス第二何人ト雖モ一
所爲ニ付テハ一回ヨリ以上刑罰ヲ加フルヲ得サルハ毫モ疑ヒナキ所ナリ故ニ
若シ日本人カ支那ニテ罪ヲ犯セル場合ニハ日本刑法ト支那刑法トヲ適用シテ
二回之ヲ罰スルヲ得ス然ラハ則チ日支孰レノ法律ニ據ルヘキカト云フニ支
那刑法ニ據ルヘキハ勿論ナリ何トナレハ尤モ多ク害ヲ被リタル社會ハ支那ニ
レハナリ第三天ニ二日ナキカ如ク國ニ二主アルヲナシ然ルニ若シ支那ニ於テ
罪ヲ犯セシ者ヲ一旦支那刑法ニ據リテ之ヲ罰シ再ヒ日本刑法ニ據リテ之ヲ罰

スルハ猶ホ支那國ニ二主アリト云フ如キ不道理ヲ生スヘシ故ニ支那ニ於テ
罪ヲ犯スレハ日本法ニテ之ヲ罰スルヲ得ス加之日本國ニテ用ユル法律ハ性法
ニ因レルカ又ハ日本社會ノ意思ヲ發表シテ作レルカノ二途ヲ出テス若シ其源
ヲ性法ニ酌メタルモノトスレハ性法ハ何レノ國ニモ存在スルモノナルニハニ支
那國ニテ罪ヲ犯スモノアレハ支那法ニテ之ヲ罰セハ十分ナリ若シ又日本社會
ノ意思ヲ發表セルモノトスレハ支那國ニ於テ罪ヲ犯スモノアルモ日本ニ於テ
何等ノ痛痒ヲ感スルヲナシ故ニ日本法ヲ以テ之ヲ罰スルヲ得ス何レノ點ヨリ
見ルモ外國ニテ罪ヲ犯スモノハ日本刑法ニ因リテ之ヲ罰スルヲ得ス即チ刑法
ハ土地ノミニ關スルモノナリト

此說一理アル如シ然レモ刑法ハ決シテ二性質ヲ兼有スルヲ得スト云フハ虛妄
ナリ是レ當ニ刑法ノミナラス彼ノ婚姻ノ如キモ土地ト人トニ關スル性質ヲ有
ス其他人身ニ關スル法律ハ大概土地ト人ニ關スル性質ヲ有スルハ普通ナリ若シ
夫レ二性質ヲ兼有スルヲ得スト云ヘル正當ノ理由アルハ格別ナルモ然ラサ
ル以上ハ此說取ルニ足ラサルナリ且又論者ハ日本人支那國ニテ罪ヲ犯スルハ

日本刑法ト支那刑法ニテ二度罰スルヲ得スト云フモ精密ニ道理上ヨリ解スル時ハ日本ニ在テハ日本ニ保護スル爲メニ之ヲ罰シ支那ニ於テモ其國ヲ保護スル爲メニ之ヲ罰セサルヘカラス然リ而シテ二度之ヲ罰セサルハ唯其刑ノ過重トナルカ故ナリ要スルニ日本支那共ニ罰權アリ故ニ若シ二國中一國ニテ罰スヘシトセハ最初裁判ニ着手セル國ノ刑法ニテ罰スルハ至當ナリ此答辯ハ第三及ヒ第四ノ理由ニテ之ヲ適用スルヲ得ヘシ

又他ノ點ヨリ觀察スルモ日本人民ハ原ト日本刑法ノ保護ヲ受クルモノナリ既ニ日本刑法ノ保護ノ下ニ接息スルモノトスレハ則チ亦日本刑法ニ遵フノ義務アルモノナリ故ニ日本ニ住セシテ外國ニ住スル時ト雖モ此義務ハ遵守セサルヘカラス若シ之ヲ遵守スルノ義務ナシトスレハ大ニ弊害ヲ醸出スヘシ(日本ニハ此ヲナキモ歐洲大陸ニ於テハ必ス生ス)例ヘハ甲國ノ人カ刀劔ノ切味ヲ試ミシト欲シ乙國ニテ人ヲ斬リ而シテ甲國ヘ歸ルトハ最早其人ヲ罰スヘカラスルニ至ラン此事ハ實際佛國ニ於テ現出ゼシヲ以テ當時佛國ニ於テハ外國ニテ犯罪ヲ爲セシ者ト雖モ尙佛國刑法ニ據リテ處斷スヘキモノトセリ然ラハ則チ

外國ニ於テ罪ヲ犯シ而シテ本國ヘ歸來セシ者ハ如何ナル方法ニ因リテ之ヲ罰スルカ此事ニ付テハ日本人ト外國人ト區別シテ之ヲ論セサルヘカラス日本刑法草案ニ在テハ日本外國ニ於テ罰ヲ犯セハ如何ナル方法ニ因テ罰スルカヲ規定セリ佛國モ亦種々ノ沿革ヲ經由シテ此事ヲ規定スルニ至レリ蓋シ此處分法ハ尤モ善良ナル方法ナリ即チ我刑法草案ノ規定ニ因レハ日本人カ外國ニ於テ犯罪ヲ爲セシハ重罪ト輕罪トヲ區別シ稍其處分法ヲ異ニセリ

先ツ重罪ニ付テ之ヲ言ハンニ重罪ヲ犯スモノアレハ直ニ我刑法ニテ之ヲ罰スルヲ得ルヤト云フニ外國ニ於テ未タ確定裁判ヲ經サル罪ニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス此理由ハ上段ニ述ヘタル議論ニ由テ明瞭ナリ又次ニハ其犯罪人カ日本ヘ歸リ來ルカ又ハ外國ヨリ交附ヲ受クルヲ要ス其然ル所以ハ日本ニ於テ其犯罪人ヲ責罰スルノ權アルモ日本ヨリ豫審判事ヲ外國ヘ派遣シ其レヲシテ日本ノ主權ヲ行ハシムルヲ得サルト又日本ヘ歸リ來ラサル以上ハ左程甚シキ害ナキトニ由ル尤モ外國ニ於テ彈藥ヲ買入レ又ハ我國ノ貨幣ヲ偽造シ若クハ變造スルカ如キ國家ノ安寧ヲ妨クル場合ハ大ニ我國ニ害アルカ如シ此場合ニハ

行使者ヲ罰スレバ其害ヲ止ムルヲ得ヘシ佛國ニ於テハ一人ニ對スル重罪ト國家ニ對スル重罪ニ付各其條件ヲ異ニセリ然レ放火罪殺人罪ノ如キハ縱令國家ニ關セサル重罪ナルモ右二條件ヲ具備スルハ之ヲ罰スルヲ以テ至當ト爲ス可キヲ信スルナリ

輕罪ニ付テモ日本人カ外國ニ於テ其罪ヲ犯ス時ハ之ヲ懲罰ス然レモ重罪ト其條件ヲ異ニセリ其異ナル條件ノ第一ハ其犯シタル輕罪ノ性質カ外國ニテモ罰スルモノナルヲ要ス第二外國ノ被害者若クハ政府ヨリ告訴告發アルヲ要ス第三犯罪人ノ歸來スルカ若クハ交付ヲ受クルカヲ要ス第四未ダ確定裁判ヲ經テモノハ輕罪中ニハ國家ノ安寧ニ關スル如キ重大ナラサルモノアルヲ以テ國ニヨリ或ハ之ヲ罰シ或ハ之ヲ罰セサルヲアルヘシ故ニ此ノ如ク多クノ條件ヲ具備スルニアラサレハ之ヲ罰スルヲ得スト爲シタルナリ

外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯ス時ハ日本刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘキカ曰ク罰スルカラサルヲ原則トス何トナレハ外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯スモ之カ爲メ毫モ

日本ニ痛痒ヲ感スルナク且外國人ハ日本法律ニ從フノ義務ナケレハナリ然ルニ外國人カ外國ニ於テ日本人ニ害ヲ加ヘタル時ハ如何佛國ニテハ此場合ニ其犯人ヲ罰スヘキモノトセリ何トナレハ本國社會ノ一人害ヲ被ムルハ其害ヲ防衛シテ社會ヲ保護スルノ必要アレハナリ然レトモ加害者タル外國人ノ日本ヘ渡來セサルトキハ日本ニ於テ之ヲ罰スルノ必要ナシ只日本ヘ渡來セシトキ之ヲ罰スルハ今云ヘル如ク其者ハ管テ人ヲ殺セルカ故ニ若シ之ヲ罰セサルハ再ヒ人ヲ殺スノ危險アルヲ以テナリ故ニ外國人カ日本人ニ害ヲ加ヘ且日本ヘ渡來セシトキハ日本刑法ヲ適用スヘキナリ

又外國人カ佛國ニ於テ日本國ノ安寧ニ關スル罪ヲ犯ス時ハ右ノ場合ヨリモ二層罰スヘキノ必要アルナリ何トナレハ其犯罪者カ日本ニ渡來セサルニ先ツテ之ヲ防衛スルノ必要ヲ生スレバナリ然レモ悲ム可キハ日本國ノ主權ハ之ヲ外國ニ及ホスヲ得ス故ニ此ノ如キ犯人モ亦日本ヘ渡來セサルハ之ヲ罰スルヲ得ス蓋シ日本ニ渡來セシハ其圖謀ヲ實行セシトスルニ在ルヤ明カナレハナリ(交付ヲ受ケタル時ハ格別故ニ外國人カ外國ニ於テ日本ノ安寧ニ關スル罪ヲ犯シ

日本へ渡來セシ時ハ之ヲ懲罰ス(日本刑法草案第八條)
以上述フル所ニ因レハ刑法ハ日本國內ニ於テ罪ヲ犯セル者ノミナラス外國ニ在テ罪ヲ犯セル者ニ對シテモ亦之ヲ適用シ得ル場合アリ之ニ反シテ日本國內ニテモ或犯人ニ適用スルヲ得サル場合アリ軍人軍屬是ナリ日本刑法ハ日本全國ニ之ヲ行フ故ニ苟クモ日本國內ニ於テ日本刑法ニ違背セル犯罪人ハ何人ヲ問ハス之ヲ責罰スルハ原則ナリ然ルニ陸軍刑法第十四條ニ因レハ此刑法ノ罪ヲ犯シ人ヲ殺傷スル者ハ普通刑法第三編第一章ニ照シ重キニ從テ處斷ス但シ此刑法ニ特例アル者ハ此限ニアラストアリ故ニ軍人軍屬ハ縱令刑法ノ規定ヲ破ルモ之ヲ適用スルコトヲ得ス茲ニ注意スヘキハ刑法第四條ニ此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論スヘキモノニ適用スルコトヲ得ストアルハ今予カ云ヘル例外ノ事ヲ云フニ非スシテ陸海軍刑法ハ多ク刑法ニ規定セサルコトヲ規定セリ故ニ軍人軍屬ニ適用スヘキハ當然ナリ而カモ陸軍刑法第十四條ノ但書アルカ爲メニ刑法ニテ支配スヘキコトモ支配スルヲ得サルコトナレリ(海刑第五條參看)

然ラハ則チ軍人トハ如何ナル入ヲ云フヤ曰ク兵卒將官ハ勿論其他海陸軍刑法ヲ適用スルノ必要アル者ハ總テ軍人ナリ此軍人ノ爲メニ特ニ陸海軍刑法ヲ規定セシ所以ノモノハ軍人ハ一國ノ治安ヲ維持スル爲メ必須缺クヘカラサル機關ニシテ此機關ヲ有効ニ運用セントスルニハ嚴重ナル法則ヲ設ケテ其下ニ服從セシメサルヲ得ス是レ此特別ノ規定ヲ要スル所以ナリ又裁判管轄及ヒ訴訟手續ヨリ云ヘハ尤モ此特別ナル規定ノ必要ヲ感スルナリ今普通ノ裁判官ニシテ軍人社會ノ權限等ヲ熟知スルトキハ則チ普通刑法ヲ適用スルヲ得ルモ大抵ハ之ヲ知ルモノ少シ故ニ軍將ヲシテ之ヲ懲罰セシム是レ亦治罪法ノ規定ヲ異ニスル所ナリ要スルニ陸海軍刑法ノ下ニ服從ス可キモノハ軍人ノミ而シテ其軍人ナルモノハ則チ其嚴法ノ下ニ服從スヘキ誓ヲ立テタル者ナリ此誓ヲ立テサル者ハ斯カル嚴法ヲ遵守スヘキ義務ナキヲ以テ普通刑法ノ支配ヲ受クルモノトス人ノ第三 刑法ハ如何ナル時ニ適用スルヲ得ル乎
刑法ハ大ニ民法ト異ナリ民法ハ單ニ一己人相互ノ關係ヲ規定スルニ止マルモ

刑法ハ社會ト一已人トノ關係ヲ規定スルモノナルカ故ニ隨テ又其所爲ヲ定メタリ之ヲ平易ニ言ヘハ刑法ハ猶ホ人民ニ向テ凡ソ行狀ノ手本ヲ示スカ如シ故ニ人民ニシテ立法者カ記載シタル手本ヲ模範トシテ動クトキハ則チ罪ノ辟ニ陷ラサルモ若シ其手本ニ違反スルトキハ直チニ罪人トナルヘシ左レハ手本ハ明断且ツ確實ノ者ナラサルヘカラス否ラサレハ一般人民ノ爲メニ極メテ不幸ナリ蓋シ道德上ノ惡事ノ如キハ大概人ノ知悉スル所ナリ然ルニ刑法ハ凡テ道德上ノ惡事ヲ以テ惡事ト爲サス唯之ヲ禁遏セサレハ社會ヲ保存シ得サル所爲ノミテ惡事トシテ之ヲ示スモノナリ此事ハ禁シ此事ハ禁セスト云フコトハ惡ク之ヲ人民ニ放任スルヲ得ス又之ヲ放任スルモ人民ハ之ヲ識別スルコト能ハサルカシ之ヲモ顧ミスシテ汝ハ罪アリ故ニ罰スト云ヒ直チニ其者ヲ刑辟ニ陷レシカ社會中罪人タラサル者殆ント之レナキニ至ラン故ニ刑法ハ人民ニ示セル事柄ニアラサル以上ハ縱令ヒ如何ナル所爲ト雖モ之ヲ罰スルヲ得ス人民ニ公示シテ後始メテ其違反者ヲ罰スルヲ得ヘキノミ是レ刑法第二條ニ於テ法律ニ正條ヲ裁者ハ何等ノ所爲ト雖トモ之ヲ罰スルコトヲ得スト明言シタル所以ナリ

夫レ此ノ如ク人民ハ刑法ニ示シタルヨリ以外ノ事ハ如何ナル事ト雖モ自由ニ之ヲ爲スノ權アリ故ニ明治十五年前即チ未ダ刑法ノ頒布アラサル以前ニ盜罪ヲ犯シ而シテ當時刑ニ於テ之ヲ禁セサル時ハ則チ其者ニ既得權ヲ生ス民法上ハ格別是レ刑法第三條ノ規定アル所以ナリ曰ク法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得スト今此第三條ヲ明カニ了解セントスルニハ左ノ三項ニ分テ之ヲ説カサルヘカラス

一 本案ニ關スル法律

二 法式ニ關スル法律

三 經時効ニ關スル法律

右三項ニ付第三條第一項ハ如何ナル方法ニ適用スヘキヤ逐次之ヲ論辨セントス

一 本案ニ關スル法律

此法律ニ付テハ種々ノ場合ヲ生ス

(其一)舊法ハ罰セス新法ニテ罰スル場合

此場合ハ第三條第一項ノ正面ニ當テ

ル即新法ニ因リテ之ヲ罰スルヲ得ス
(其二)舊法ハ輕ク新法ハ重キ場合 此時ハ第三條第一項ノ正面ニ據リ舊法ヲ適用ス其故ハ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及スヲ得サルモ舊法ニ於テ斯ル所爲ヲナス者ハ斯々ノ罪トスル旨ヲ規定セルカ故ニ其罪ヲ罰スルハ決シテ不正ニ非サレハナリ
(其三)舊法重ク新法輕キ場合 例ヘハ舊法ハ三月以上四年以下ノ懲役ニ處シ新法ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處スト規定アルキハ第三條第一項ノ正面ニ當ラス且犯人ハ既得權ヲ有セリ其既得權ヲ有スルニモ拘ハラス新法ノ効力既往ニ溯ルハ是レ第三條第二項若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストアルニ由リテ然ルナリ抑モ此場合ハ重キ舊法ニ因テ之ヲ罰スルモ犯人ハ何等ノ苦情ヲ鳴ラズ得ス何トナレハ其重キ刑罰アルヲ知リテ其罪ヲ犯セハナリ然ルニ舊法ニ因リテ之ヲ罰セサル所以シモノハ何ゾヤ曰ク元來刑ハ必要アリテ之ヲ規定シ而シテ其必要ヲ十分セントスルニハ刑ノ程度ヲ定メテ其犯罪ヲ防遏セシメサル可ラス之ヲ防遏スルハ

則チ犯罪ノ利益ト比準シ其利益ヨリ加重ノ刑罰ヲ加ヘサル可ラス故ニ舊法ニ在テハ三月以上四年以下ノ懲役ニ處スルニ非サレハ犯罪ノ利益ヲ失ハシムルヲ得サルモノトナシタリ然ルニ立法者ハ舊法ノ刑ヲ以テ重キニ失スルモノト爲シ之ヲ改正シテ新法ヲ定メ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處スレハ足レリト爲シタリ此場合ニハ既ニ舊法ノ刑必要ヲ去リタルモノナリ其必要ナキニモ關セス尙ホ舊法ノ刑ヲ科セントスル是レ不正ナリ況ンヤ立法者ハ一旦舊法ニ因テ罰スル權ヲ拋棄セシカラニハ決シテ舊法ヲ適用スヘカラサルニ於テチヤ
(其四)最舊ノ法律ハ重ク中間ノ法律ハ輕ク最後ノ法律ハ最舊及ヒ中間ノ間ニ位スル時ハ何レノ法律ヲ適用スヘキヤ例ヘハ第一ノ法律ハ六年以上九年以下第二ノ法律ハ二月以上二年以下而シテ第三ノ法律ハ三年以上五年以下ナルハ何レノ法律ニ據リテ處斷スヘキヤ一般ノ說ニ因レハ三法中最モ輕キ刑即チ中間ノ法律ニ據リテ處斷スヘキモノトセリ其理由ニ曰ク犯人ハ第一ノ法律ノ行ハルハ時ニ罪ヲ犯シ第二ノ法律第一ノ法律ヨリ輕クナリタル時犯人ハ既ニ既得權ヲ有セリ故ニ裁判官ノ懈怠ナキ時ハ第三ノ法律ノ刑第二法律ノ刑ヨリ重

キカ故ニ第二法律ノ刑ニテ罰セラルハ當然ナリ然レモ未ダ同意ヲ表スルヲ此説犯人ヲ惠ムモノトスレハ至極結構ナル説ナリ然レモ未ダ同意ヲ表スルヲ得サルナリ何トナレハ第一ニ犯罪人ニ既得權アリト云フハ誤ナレハナリ若シ犯人ニ此權アリトスレハ法理上論者ノ説ヲ以テ妥當ナリト爲スヘキモ理論上斯ク決定スルヲ得ス蓋シ舊法ノ新法ヨリ輕キ時犯人ニ舊法ヲ適用シテ新法ヲ適用セサル所以ノ理ヲ考察スルニ未ダ新法ノ發布ナキ當時ハ法律ニ斯々ノ所爲ハ爲ス可カラス若シ之ニ背ケハ斯々ノ刑罰ヲ科ストアリシニヨリ犯人ハ其刑罰ヲ見テ覺悟ノ上其罪ヲ犯シタルモノナリ故ニ若シ法律ノ示セル刑ヨリ重キ刑ヲ科セラルヘキヲ知ルモ或ハ犯罰ヲ爲サハリシヤモ知ルヘカラス加之一旦人民ニ或所爲ヲ禁シ之ニ背ケハ斯々ノ刑罰ヲ科スヘシト示スハ宛モ契約ノ如キモノナリ然ルニ後ニ至リテ向キニ示セル刑ヲ廢止シ新ナル重キ刑罰ヲ科セントスルハ猶ホ契約ヲ締結スルノ際ニハ斯々ノ事ヲ爲セハ若干ノ損害ヲ賠償セシムト約シナカラ後チニ其約束外ノ事ヲ爲シタルニモ拘ハラズ之カ損害ヲ賠償セシムルカ如シ是レ不正ノ甚シキモノニ非ス何ソヤ故ニ犯人ハ其

罪ヲ犯セシ當時ノ刑罰ヲ受ク可キモ其刑罰ヨリ重キ所ノ刑ヲ受ケスト云フノ既得權ヲ有セリ然ルニ此場合ハ犯人ノ罪ヲ犯シタルハ第一ノ法律ヲ頒布シタル當時ニ在リ故ニ舊法ノ制裁ヲ受クヘキハ當然ナリ然レトモ舊法ノ刑ヨリ新法ノ刑ヲ輕クシタルハ何故ナルヤ又其輕キ新法ヲ適用スルハ何故ナルヤ是レ犯人ニ既得權アルカ故ニ非スシテ社會カ舊法ノ嚴刑ヲ適用スヘキ權利ヲ拋棄シタルナリ舊法ノ嚴刑ヲ不必要不正當トシタルナリ其不必要ノ刑ヲ以テ犯人ヲ罰スルハ其刑罰ヤ不正ナリ本問ノ場合ハ一旦立法者ハ第一法律ノ刑ヲ不必要トシテ第二法律ノ刑ニ改メタルモ亦之ヲ改メテ第三法律ヲ發布シタルハ第二法律ノ刑ハ輕キニ過クルトナシ必要ヲ達スルニ足ラストシタルナリ然ラハ則チ論者ノ所謂既得權アリト云フノ説ハ取ルニ足ラス次ニ裁判官ノ懈怠アリト云フヘキカ是レ亦然ラス裁判ノ遷延ノ第三法律ノ發布セラルハ時ニ及ビタルハ犯人ノ通辭ニ巧ミナルカ爲メニ然ルヤモ知ルヘカラス通辭ノ巧ミナルカ爲メニ第二法律ノ輕刑ニテ罰セラルヘキノ權アリト云フハ不道理ノ太甚シキ説ナリ故ニ現今中間ノ法ニテ罰セヨト云フハ一般ノ説ナルニモ關セス法

理上第三法律ノ刑即チ刑罰ヲ受クル當時ノ刑ト罪ヲ犯シタル當時ノ刑トヲ比
較シ其輕キニ從テ處斷スヘキナリ右ニ述タル所ヲ以テ新舊ノ法及ヒ三四ノ法
アル時ハ如何ナル場合ニ舊法ヲ適用シ如何ナル場合ニ新法ヲ適用スヘキカヲ
説キ畢レリ今一步ヲ進メテ新法ノ輕重ハ何ニ因テ之ヲ決スヘキヤヲ講究セシ
(其)罪ノ性質ニ因テ輕重ヲ定ム 罪ノ輕重ハ刑法ニ規定セリ即チ第七條ヨリ
第九條迄ニ列記セルカ如キ是ナリ然レ是等ノ條ニ據ルノミニテハ未ダ其輕重
ヲ判別シ難キヲアリ故ニ亦加減例ヲ參照セサルヘカラス刑ノ性質異ナルハ
其重キヲ以テ重シトシ一方輕キモ毫モ之ヲ顧ミサルナリ然ルニ尤モ相類似シ
テ判別シ難キハ重禁錮ト輕禁錮トノ如キ場合ナリ此時ハ服役アルモノヲ重ト
シ服役ナキモノヲ輕トス其時間ノ長短ノ如キハ之ヲ問ハサルナリ
(其)時間ノ長短ニ由リテ輕重ヲ定ム 例ヘハ重禁錮二年以上四年以下ト一年
以上三年以下ノ如キ同一ノ性質ノ罪ナル時ハ其時間ノ短期ナルモノヲ輕シト
スルハ一點ノ異論ナキ所ナリ
然レモ茲ニ一ノ議論アル場合アリ即チ新法ヲ舊法ニ比スル時ハ最長期ヲ短縮

セルモ最短期ヲ延長セル場合ノ如キ又罰金ニ付テ云ヘハ最多額ヲ輕クセルモ
最寡數ヲ重クセル場合ノ如キ例ヘハ舊法ハ二月以上四年以下ナルモ新法ハ五
月以上三年以下トセリ此場合ニハ最長期ヲ以テスレハ新法輕キモ最短期ナレ
ハ舊法輕シ然ラハ則チ何レノ刑ヲ以テ罰スヘキヤ
第一説ニ曰ク此場合ハ新舊ノ短期ヲ取リ二月以上三年以下ノ刑ニ據リテ處斷
スヘシト此説ハ日本刑法ノ第二立法者即チ新舊比照法ヲ作りタル立法者ノ採
用セシ所ナリ蓋シ此説ハ日本ノ如ク故ラニ法律ヲ規定スレハ不可ナシ然レモ
第三條ノ解釋法トスレハ不可ナリ故ニ第三條ハ如何ナルヲ規定セルカト云
フニ新舊ノ法ヲ照シ輕キニ從ヒ處斷スヘシト謂ナリ左レハ舊法ニ據ルトセ
ンカ二月以上四年以下ノ刑ニ處スヘク新法ニ據ルトセンカ五月以上三年以下
ノ刑ニ處スヘク孰レカ其一ヲ採擇シテ之ヲ處斷スヘキモノナリ然ルニ此第一
説ノ如キハ新舊ノ法律ヲ比照スルニ非スシテ全ク一ノ法律ヲ作ルナリ是レ第
三條ノ解釋法トシテ取ルヘカヲ所以ナリ
第二説ニ曰ク此場合ハ何レヲ以テ輕シトシ何レヲ以テ重シトスルカ之ヲ知ル

困難ナルカ故ニ被告ハノ、撰、任、可、シト、此説ハ甚タ不安心ナル説ナリ被
告人若シ慧眼ニシテ能ク裁判官ノ意中ヲ洞見シ得ル者ナルハ或ハ可ナルモ
然ラサル場合ニ當リテハ此精神ヲ達セントスルニハ被告人ヲシテ一應裁判官
ニ問テ掛ク以テ其答ヲ得サルヘカラス然ルニ日本治罪法ニハ元ト是等ノ事ヲ
規定セサルカ故ニ裁判官ハ其問ニ答サルヘシ左レハ治罪法ニ於テ裁判官ハ被
告人ヲ訊問テ受ケタル上豫判ノ手續ヲ規定セサルハ此説ヲ實行スルヲ得サル
ヘシ
第三説ニ曰ク斯カル場合ニハ新舊法ノ差異ヲ勘定セサルヘカラス今最長期ヲ
見レハ一年ノ差異アリ又最短期ハ三月ノ差異アリ此二箇ノ差異ヲ比較シテ其
多キ方ヲ輕シトス故ニ本問ノ場合ハ新法ニ據リテ罰スヘシ之ニ反シテ舊法ハ
二月以上四年以下又新法ハ一年半以上三年以下ナルハ最短期ノ差異ハ最長
期ノ差異ヨリ大ナルヲ以テ舊法ニ據リテ罰スヘシト此説不可ナリ何トガレハ
縱令其差異ハ大ナルモ未タ以テ輕シトスルニ足ラサレハナリ即チ第二例ニ於
テハ最短期ノ差異ハ最長期ヨリ輕キ點ノ大ナルヲ以テ舊法ニ據ルヘキモノト

スルモ新法ハ三年ヨリ上ラス而シテ舊法ハ四年ニ上ルヘシ故ニ未タ以テ舊法
ヲ新法ニ此シテ眞ニ輕キモノトスルヲ得サルナリ
然ラハ則チ眞ノ輕重ハ何ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキカ曰ク最長期ノ輕キヲ以
テ輕シトスルヨリ他ニ道ナキナリ其故ハ最長期ノ輕キ刑ヲ以テ罰ストスレハ
決シテ最短期ノ輕キ刑ノ最長期ニ處セラルハ憂ナシ即チ前例ノ場合ニ於テ
新法ノ最長期ハ三年ナルカ故ニ三年ヨリ以上ノ刑ニテ罰セラルコトナシ而
シテ其最長期ノ輕キ刑ノ最短期ヲ以テ罰スルトキハ不正ナルカ如シト雖トモ
決シテ然ラス成程最長期ノ重キ刑ヲ以テ罰セラルトキハ被告人ハ或ハ二月
ノ刑ニテ罰セラルコトアルヤモ知ルヘカラス然レトモ是レ希望ノミ希望ハ
權利ヲ生セス且一年半以下ノ刑ニテ罰セラルヲ得サル損アルモ其最長期ハ
三年以上ノ刑ニテ罰セラルハノ患ナキヲ以テ損失相償フト云フモ可ナリ是レ
最長期ノ輕キヲ以テ輕シト爲シ最長期ノ重キヲ以テ重シトナス所以ナリ
時トシテ刑ノ執行方法ノ異ナルコトアリ舊法ノ時ニ在リテハ流刑ニ處セラレ
タル者ハ之ヲ遠島ニ流竄セサリシモ新法發布以來之ヲ北海道又ハ小笠原島ヘ

遺スコトニナリタル時ハ其舊法ノ時ニ犯セシ者モ尙新法ヲ適用スルヲ得ルカ
ト云フニ此場合ニハ然リト答ヘサルヲ得ス蓋シ第三條ハ裁判官カ法律ヲ適用
スルノ標準ナレハ裁判官カ一旦其法律ヲ適用セシ以上ハ其後ノ處分ハ行政官
ノ司ル所ニシテ裁判官ノ關スル所ニ非ス故ニ比照スルトカ既往ニ溯ルトカノ
議論ハ起ルコトヲ得ス然レトモ若シ繼續スル事實ニシテ舊法ハ之ヲ禁セサル
モ新法ヲ以テ之ヲ禁止スル時ハ其新法ニ從フヘキハ無論ノコトナリトス
第三條第二項ニ所謂ル判決トハ何ヲ謂フ乎余ハ確定裁判ナリト斷定シテ疑ハ
サルナリ時トシテハ奇ナル現象ヲ生スルコトアリ諸君モ知ラル、如ク佛國ニ
テハ高利貸ヲ罰セリ今始審裁判所ニ於テ之ヲ罰シ控訴シタルニ控訴院ニ於テ
モ之ヲ罰シ竟ニ大審院ヘ上告セリ其上告中高利貸ハ以來之ヲ罰セストノ法律
頒布アリタリト假定センニ大審院ハ新舊ノ法ヲ比照シ正當ナル原裁判ヲ破毀
スルノ結果ヲ生ス或學者ハ之ヲ非難シテ曰ク大審院ノ職務權限ハ元來法律ノ
統一ヲ司トルモノニシテ不法ノ裁判ヲ破毀スルニ在リ然ルニ今新法頒布ノ故ヲ
以テ更ニ新舊法ヲ比照シテ正當ナル原裁判ヲ破毀セント欲スルハ果シテ正鵠

(再題)

五十八

ヲ得タリト爲スヲ得ル乎決シテ正鵠ヲ得タリト言フ可ラスト余ハ此說ニ服ス
ルヲ得ス縱ヒ大審院ニ上告中ニシテ其判決ナキ間ハ刑法第三條第二項ノ所謂
未タ判決ナキモノナリ上告中新法ノ頒布アリテ其所爲ヲ無罪ナリトスルニモ
關ハラス之ヲ比照スルコトヲ得サルカ爲メ猶且重キ舊法ニ依テ刑ヲ科スルト
キハ其刑ハ現時不必要ト見做シタルヲ以テ必スヤ後ニ特赦ヲ以テ刑ノ執行ヲ
免セサル可ラス後ニ特赦ヲ以テ刑ノ執行ヲ免スルノ煩ヲ爲サンヨリハ寧ロ大
審院ヲシテ新舊法ヲ比照セシムルニ如カサルナリ故ニ論者ノ說從フ可ラス

二 法式ニ關スル法律

法式ニ關スル法律ニ付テハ既往ニ溯ルヤ否ヤノ問題ハ治罪法ノ部門ニ屬スル
カ故ニ之ヲ治罪法ニ讓テ茲ニ詳論スルコトヲ爲サハル可シ然レトモ茲ニ疑ハ
シキモノアルヲ以テ一言セサル可ラス即裁判管轄ノ場合はナリ被告人ハ各己
レヲ辨護スルノ權アリ而シテ裁判所ハ即チ辨護ヲ爲スノ場所ナリ辨護權ト辨
護ヲ爲スノ場所トハ互ニ相密着シテ離ルヘカラス例之ハ今日日本ニ於テハ國事
犯ハ高等法院ニ於テ之ヲ裁判スルコトトナセリ高等法院ハ裁判官モ多ク其人

(判法)

(再版)

五十九

ハ賢明ニシテ高等ノ地位ヲ占メ且ハ一面立法部ニ立ツ所ノ者ナリ故ニ國事犯
 ノ如キ重大ナル事件ハ該法院ニ於テ裁判スルトキハ適當ノ裁判ヲ下スヲ得ル
 モノト爲シ現行法律ニ於テハ斯ク規定セリ然ルニ一朝新法ノ發布ニヨリテ高
 等法院ヲ廢止シテ通常裁判所ニ於テ裁判スヘキモノトスレハ被告人ノ利益昔
 時ノ如クナラス如此辨護權ト辨護ヲ爲スノ場所ハ密着ノ關係アルカ故ニ裁判
 管轄ハ新舊二法ヲ比照シ刑法第三條ニ據リテ處斷スヘキカ如シ然レトモ我治
 罪法ハ佛國治罪法ト共ニ反對ノ說ヲ取レリ蓋シ例之ハ現時ノ裁判所ノ設定ナ
 キ時ノ如ク評定所ニ於テ刑事裁判スルヲ要ストスレハ或ハ幾十疊ノ疊ヲ敷
 キ或ハ幾十雙ノ屏風襖ヲ立切ル等甚タ面倒ナル擧アリシカ故ニ此等ノ業々シ
 キ擧ヲ張ラサルヘカラス然ルニ現今ノ裁判所ニハ是等ノ準備アルコトナシ豈
 ニ更ニ之ヲ準備スルノ煩ニ堪ンヤ是ヲ以テ從來輕罪裁判所ニ於テ裁判セシ事
 件ヲ重罪裁判所ノ管轄ナリト改正シ又從來重罪裁判所ニ裁判セシ事件ヲ輕罪
 裁判所ノ管轄スヘキモノトスルモ舊法ノ裁判管轄ニ依ルコトヲ爲サハルナリ
 故ニ又舊法ニ在テハ官吏カ官物ヲ費消セシ罪ヲ重罪裁判所ノ受理スヘキモノ

トセシモ新法ヲ以テ輕罪裁判所ニテ裁判スヘキモノトスレトモ舊法ノ如ク重
 罪裁判所ニ於テ之ヲ審理スルヲ要セサルナリ若シ如此スレハ則チ危險ナリト
 思ハハ之ニ幾分ノ調和ヲ加ヘ舊法ニ於テ重罪裁判所ニテ受理スヘキ場合ニ犯
 シタル者ハ新法ノ重罪裁判所ニ委スルコトト爲サハ或ハ可ナラン加之辨護權
 ト辨護ヲ爲スノ場所トハ密着ノ關係アルモ素ト其關係ハ治罪法ノ手續ニ過キ
 サルカ故ニ被告人ハ舊法ニヨリテ裁判サルハノ實益ナク隨テ之カ既得權ヲ有
 セス然ルニ或論者ハ國事犯ト常事犯トヲ區別シ國事犯ハ新法ヲ適用スヘカラ
 スト云フモ余其道理ヲ發見セス又或論者ハ己ニ受理セシ者ト未タ受理セサル
 者トヲ區別シ己ニ受理セシ者ハ新法ニ據ラスシテ舊法ヲ適用スヘシ何トナレ
 ハ佛國ニ於テハ始メニ受理セル裁判所ハ獨リ其事件ヲ判決スル權アリトノ原
 則アレハナリト云フモ我刑法ハ之ヲ採用セサルナリ
 之ヲ要スルニ方式ニ關スル法律ハ既往ニ溯及ス然レトモ有効ニ爲セル以前ノ
 手續ハ皆ナ之ヲ保存シテ有効ト爲スヘシ

三 期滿免除經時効ニ關スル法律

(刑 法)

(再版)

六十一

(再懸) 六十二
期滿免除ニ二アリ曰ク訴權ノ期滿免除曰ク刑ノ期滿免除是レナリ此二個ノ期
滿免除ハ各其設定サルノ其理由ヲ異ニス訴權ノ期滿免除ノ主タル理由ハ既
ニ或時間ヲ經過スル時ハ其證據湮滅シテ之ヲ取調フルヲ得ストノ推定ニ在リ
刑ノ期滿免除ハ然ラス一旦裁判ヲ言渡ス時ハ其證據ハ決シテ湮滅セス然レト
モ通數年ヲ經過スル時ハ最早其刑ヲ執行スルノ必要ナキニ至ル例之ハ五年
ノ刑ヲ科セラレタル者其言渡ヲ受クルヤ否ヤ問モノク逃走シテ其跡ヲ晦マシ
後數年間何等ノ罪ヲ犯サル時ハ社會ニ取リテ寸毫ノ危險アルナク隨テ其者
ニ向テ防衛ヲ行フノ必要ナシ其必要ナキ而巳ナラス却テ之ヲ罰スヘカラ
サル必要アリテ存ス夫レ刑罰ハ單ニ犯罪人ノミテ防衛スヘキモノニ非スシテ
他ノ者ニ向テ防衛スルモノナリ又其結果トシテ社會一般ノ人民ヲシテ安堵セ
シム今數年以前ニ犯罪ヲ爲シタル者ヲ捕ヘテ之ニ刑罰ヲ科スヘキモノトセン
カ世人ヲシテ新ニ恐怖ノ念ヲ起サシメ或ハ却テ憐憫ノ情ヲ惹起セシムルニ至
ラン是レ刑ノ期滿免除アル主タル理由ナリ
扱テ此等ノ期滿免除ニハ第三條第一項ヲ適用スヘキヤ否ヤト云フニ佛國ニ於

テハ議論三派ニ分レタリ
(第一説ニ曰ク)第三條ヲ適用スヘキハ勿論ナリ何トナレハ則期滿免除ハ方式ニ
關スル法律ナリト雖トモ一方ニハ被告人ノ權利ニ關スル所ノモノナリ故ニ罪
ヲ犯シテヨリ數年ヲ經過シ又ハ宣告ヲ受ケテヨリ數年ヲ經過スレハ公訴ヲ起
サレサルノ權又ハ實行セラレサルノ權ヲ得故ニ他ノ治罪法ノ方式ト同一視スル
ヲ得ス是レ新舊ノ期限ヲ比照シ其輕キ期滿免除ニ據ラサル可ラサル所以ナリト
(第二説ニ曰ク)若シ期滿免除ノ新舊二法ニ互ル時ハ之ヲ比較的ニ適用ス可シ例
ヘハ舊法ノ期滿免除ハ三年ナリシ然ルニ犯罪アリテヨリ一年六ヶ月ヲ經テ新
法發布アリ而シテ新法ノ期滿免除ハ五年トナレリ此場合ニハ舊法ノ期滿免除
ノ半期ヲ經過シタレハ殘半期ハ新法ヲ適用シテ五年ノ半即チ二年半トナス可
シ何トナレハ期滿免除ハ被告人ノ權利ノミニ關スルニ非ス若シ被告人ノ
權利ノミニ關スルモノトスレハ舊法ノ期滿免除ハ三年ニシテ一年半ヲ經過セ
シ后立法官ハ五年間ヲ經過セサレハ其證據ハ全ク湮滅セスト思惟シ新法ヲ發
シテ之ヲ五年トシタルニモ拘ハラヌ三年ヲ經過スレハ起訴スヘカラサルニ至ラ

ノ是レ被告人ノ權利ノミニ注目スヘカヲサル所以ナリ然レトモ亦一方ニ於テハ被告人ノ利益即チ權利ニモ關スルモノナルカ故ニ之ヲ比較的ニ適用スヘシト若シ期滿免除ハ被告人ノ權利ニ關スルモノトセハ以上ノ二説ハ實ニ至當ナルヘシ然レトモ期滿免除ニ關スル法律ハ果シテ權利ノ基本ニ關スル法律ト云フヘキカ今此法律ノ權利ノ基本ニ關スルモノナルヤ否ヤヲ知ルニハ則チ期滿免除ヲ設ケタル精神ヲ探究セサルヘカラス而シテ其精神ハ前ニ云ヘルカ如ク或時間ヲ經過スル時ハ犯罪ノ證據、湮滅スルニ因ル舊法ハ立法者ハ三年ニテ證據ハ湮滅スヘシト思惟シタルモ新法ハ五年間證據ハ湮滅セサルヘシト思惟ス是全ク裁判官ノ爲メニ設ケタル法律ニシテ被告人ノ利害如何ハ毫モ關スル所ニ非ラサルナリ故ニ期滿免除ニ關スル法律ハ直ニ新法ヲ適用セサルヘカラス我國ニ於テハ訴權ノ期滿免除ト刑ノ期滿免除ハ各別ニ規定セリ然レトモ前ニ述ヘタル訴權ノ期滿免除ノ理論ハ又直ニ刑ノ期滿免除ノ理論ニ適用スルヲ得ルカ故ニ二者ヲ區別スルノ必要ヲ感セサルナリ

以上刑法適用ノ範圍ヲ講了シタレハ刑法規定ノ本文ニ移ラン

刑罰

總論

刑法ハ罪トシ論スヘキ所爲チ一定シテ之カ制裁タル刑罰ヲ規定スル所ノ法律ナリ故ニ學理上ヨリ立言スレハ先ツ犯罪ヲ説キ次ニ刑罰ヲ講スレハ自然ノ順序ナリ然レトモ我刑法ノ規定ハ刑罰ヲ先ニシテ犯罪ヲ後ニシタレハ余モ亦第一篇總論ヲ分テ在ノ二款ト爲サン

第一款 刑罰

第二款 犯罪

第一款 刑罰

第一款刑罰ヲ分テ又五章ト爲スヘシ第一章總論第二章主刑第三章附加刑第四章刑罰ノ執行第五章刑罰ノ消滅以上順次ニ之ヲ説述セン

第一章 總論

純理上ヨリ觀察スルトキハ刑罰ノ當否ヲ講究スルヨリ困難ナルモノナカルヘシ彼ノ犯罪ノ所爲トハ何ンヤト云フカ如キ問題ハ之ヲ論定スル困難ハ則チ困

難ナリト雖トモ正當ナル刑罰ハ何ソヤトノ問題ヲ論定スルヨリ容易ナリ故ニ
今日何國ノ刑法ヲ見ルモ完全ノ域ニ進達シタルノ刑罰アルヲ見ス然レトモ單
純ニ刑罰ハ如何ナル目的ニテ之ヲ設定スルノカト言ハ、之ニ答フルコト甚タ
難シトセス夫レ刑罰ハ刑罰權ノ結果ナリ此權アルヲ以テ刑罰ヲ科スルヲ得故
ニ刑罰權ノ基礎ニ付テ議論アルト同シク刑罰ニモ亦議論アルヘシ例ヘハ純正
主義ヲ以テ刑罰權ノ基礎トスレハ其刑罰權目的ハ犯人ヲシテ罪惡ヲ消滅セシ
ムルニ在リト云ハサルヘカラス然ルニ此目的ハ假令至當ナリトスルモ既ニ刑
罰權ノ基礎ヲ論シタルトキニ述ヘタカ如ク此目的ハ到底人間界ニ之ヲ達スル
ヲ得サルモノナリ又刑罰權ノ目的ハ復讐主義ニアリト決定セハ只復讐ヲ爲シ
了レハ則チ充分ナリト云フコトヲ得ヘシ又實利主義ニ在リト云ハ、刑罰ヲ行
フハ多數ノ利益ノ爲メニシテ他多數ノ人類例示トナリテ將來ノ罪惡ヲ防遏
スルハ其目的ナリト云フコトヲ得ルナラン又折衷主義ヲ探ルトキハ犯人ヲ懲
誠シ犯人ヲ教訓シ且社會多數福利ノ保全スルハ刑罰ノ目的ナリト云フニ至ラ
ン要スルニ刑罰ノ目的ハ刑罰權ノ基礎ニ付テ探ル所ノ說ニ因リテ差等アリ余

ノ採用スル所ノ必要主義ニ從フトキハ刑罰ハ社會ヲ維持スルニ在リト云ハサ
ルヘカラス

然シテ必要主義ヲ探スト雖トモ例示懲誠教訓スルニ足ルヲ要セスト云フニア
ラス是レ假令刑罰ノ目的ニアラサルモ亦此目的ヲ達スルノ方法タラスンハア
ラス只此方法ト目的トヲ混同セサルヲ要ス一人惡事ヲ爲ストキハ忽チ社會ノ
秩序ヲ擾亂ス今之ヲ責罰シテ前非ヲ悛悔セシメ將來ヲ懲誠スレハ以テ社會ノ
秩序ヲ保持スルコトヲ得又一般世人ヲ警醒シテ同一ノ罪辟ニ陥ルヲ防遏スレ
ハ以テ社會ノ存在ヲ維持スルコトヲ得故ニ教訓懲誠例示ノ三者ハ社會ヲ保全
スルノ目的ヲ達スル方法ナリ

刑罰ノ性
質

其一

刑罰ノ當否ハ之ヲ判スルコト難シ然レトモ左ノ數性質ヲ具備セサレハ其正當
ナラサルハ世人ノ認ムル所ナリ
第一 刑罰ハ一身ニ止マルヲ要ス 刑罰ノ目的ハ法律ヲ蔑如スル者ヲ懲罰シ
テ社會ノ保存ヲ維持スルニ在リ左ハ社會ノ法律ヲ恪守スル者ニマテ之ヲ及
サスハ權外ノ事ト云ハサル可カラス故ニ刑罰ハ犯罪人一人ニ止マルヲ要ス昔

其二

其三

時一家ノ戸主ニシテ盜罪ヲ犯ス時ハ全財産ヲ擧テ之ヲ沒收シ一家ノ一人大罪ヲ犯ストキハ其三族ヲ誅戮セシカ如キハ刑罰ノ濫用ナリ

第二 刑罰ハ正確ナルヲ要ス、豫メ斯々ノ所爲ヲ行フ者ハ斯々ノ刑罰ニテ之ヲ處斷スルコトヲ明定スルヲ必要トス蓋シ第二條ヲ見ルモ刑法ハ切リニ教ヘサル民ヲ罰スルヲ得サルヲ以テ原則ナリトスルヤ明カナリ故ニ豫メ確實ニ刑罰ノ程度ヲ一定シテ之ヲ明云セサルヘカラス昔時一定セサルノ刑罰アリテ且之ヲ秘密ニシタルカ如キハ不正ノ甚シキモノト云フヘシ

第三 刑罰ハ平等ナルヲ要ス、刑罰ハ原ト社會ヲ保存スルノ權アルニ因リ之ヲ用フルヲ得故ニ社會ヲ保存スルニハ社會ノ保存ニ對シテ加フル障礙ノ大小ニ由リテ之カ刑罰ヲ輕重スルノミ即チ社會ニ百ノ害ヲ與フレハ百ノ刑ニテ罰シ二百ノ害ヲ與ヘハ二百ノ刑ヲ用フベシ一人ハ百ノ惡事ヲ爲スモ三百ノ刑ニテ之ヲ罰シ他ノ一人ハ三百ノ惡事ヲ爲シタルニ百ノ刑ニテ之ヲ罰スルカ如クナルヲ得ス故ニ刑罰ハ貴賤老少ヲ問ハス平等即チ刑罰ト保存ノ必要ト併行スルコトヲ要ス

其四

其五

刑罰ノ性質ヲ達スルノ要旨

第四 刑罰ハ分割シ得ルモノナルヲ要ス、犯罪ノ形狀ハ千種萬態ニシテ全ク同一様ナラス同シク竊盜ナルモ其數百アレハ百所爲トモ社會ノ損害犯人ノ惡意ヲ異ニセリ故ニ前項平等ノ目的ヲ達スルニハ成ルヘク幾小部分ニ分割スルヲ得サルヘカラス

第五 刑罰ハ補償シ得ルヲ要ス、元來人類ハ其組織不完全ナル者ナリ故ニ時トシテ無罪ヲ有罪トシ輕微ナル罪ヲ重大ナル罪トシテ罰スルノ誤謬ナキヲ保セス此ノ如キ時ハ刑罰ヲ濫用スルモノナルヲ以テ之ヲ回復シテ成ルヘク平等ニ復歸セサルヘカラス

之ヲ要スルニ刑罰ハ社會ノ例示トナリ犯人ノ教訓懲戒トナルヲ要スルハ勿論ナレトモ又以上五個ノ性質ヲ具有セサル可ラス然ラサレハ充分ニ刑罰ノ目的ヲ達シ又刑罰ノ正當ヲ得タリト云フヲ得サルナリ然レトモ從來各國ニ於テ用ヒ來リ又今日現ニ行ハル、所ノ刑罰ヲ通觀スルニ此等ノ性質ヲ具有セサルコトハ爭フヘカラサル事實ナリ最モ例示トナリ懲戒トナルノ點ハ不充分ナカラモ多クノ刑罰ハ此實質ヲ有スルモ五個ノ性質ハ未タ完備セサルナリ先ツ現行

ノ刑罰ハ實ニ一身ニ止マルト云フヲ得ルカ到底此性質ヲ満足スルヲ得ス稍ヤ文明國ノ刑法ニ於テハ刑ハ總テ一身ニミ及ホスヤ相違ナシ左レハ刑ハ全ク犯人一身ニ止マルカト云フニ決シテ然ラス例之ハ七十歳以上ノ婦孺ト十歳以下ノ小兒ヲ養育スル一人ノ壯年者カ一朝重禁錮ノ刑辟ニ陥リタリトセヨ此ノ如キ時ハ老幼三人明日ヨリ如何シテ其生ヲ保ツテ得ルカ饑饉途ニ斃レテ後チ止マン然ラハ其刑罰ハ直接ニ一家ノ人ニ及サスト雖トモ間接ニ之ヲ及ホスヤ明カナリ又例ヲ變シテ富家ノ一子其性無賴ニシテ少シモ一家ノ用ヲ爲ササル者カ人ヲ殺シテ死刑ニ處セラレタリトセヨ此ノ如キ場合ニハ刑罰ハ全ク無賴子ノ一身ニ止マルカ如シ然レトモ末タ然リト斷言スルヲ得サルモノナリ本例ニ於テハ前例ノ如ク衣食住等生活上ノ苦痛ハ一家ノ人ニ及ハス然レトモ無形ノ苦惱ハ一家總テノ者ニ及フヘシ然ラハ則チ如何ナル場合ヲ問ハス刑罰ハ眞實一身ニ止マルト云フコトハ決シテ望ム可カラサルナリ然レトモ今日ノ法律ニアリテハ一家内ニ於ケル間接ノ連帶責任ハ必ス之ヲ受クサルヘカラスルモ直接ノ責任ハ之ヲ受クスト云フヲ以テ満足セサルヘカラス何トナレハ今一家

ヲ組織セル以上ハ相互ニ親ハ子ト間接ナル連帶ノ責任ヲ負ヒ子ハ親ト此種ノ連帶責任ニ任スヘキハ當然ノ事ニシテ猶ホ一商社ノ社員ト同一ナレハナリ故ニ若シ之ヲ厭ヘハ一家ヲ爲サハルヨリ外ナキナリ

次ニ正確ノ性質ハ稍ヤ之ヲ具有スルモ亦未タ十分ナラサルナリ何トナレハ刑法ヲ見レハ何月以上何年以下トアルモ萬千ノ犯者各自ニ就テ一々其刑ヲ定メサレハ正確ノ極點ニ達シタリト云フコトヲ得サレハナリ

平等ノ性質モ亦未タ十分ナリト云フヘカラス今竊盜ノ最重ナル刑ハ四年ナリ富者貧者ノ二人他ノ門戸ヲ損壞シ倉庫内ニ入リテ同額金銀ヲ竊取シ共ニ四年ノ重禁錮ニ處セラレタリトセン四年ノ服役ハ富者ノ爲メニ重刑ナリ然レトモ貧者ニ取テハ却テ糊口ヲ凌カシムル恩惠ノ如クナルヤモ知ルヘカラス此時ト雖トモ尙雙方共ニ同刑ヲ科セサルヲ得ス是レ平等ナラサル所以ナリ

分割ノ性質ハ大ニ之ヲ達シタリ我刑法ノ刑罰ヲ通スレハ一日ヨリ死刑マテノ階級アリテ其範圍内ニ於テ之ヲ應用セリ最モ死刑及ヒ無期刑ハ之ヲ分割スルヲ得スト雖トモ輕減スルヲ得ヘケレハ分割ノ精神ハ之ヲ達スルヲ得ヘシ故ニ

細密ニ云フトキハ罰金ハ一厘一毛ノ差等ヲ立テ體刑ハ一分一秒ノ區別ヲ爲サ
ル可ラスト雖トモ兎ニ角恰好ノ性質ヲ具有セリト云フ可シ
補償ノ性質ハ殆ント之ヲ具有セスト云フテ不可ナルナシ死刑ハ勿論其他ノ體
刑ト雖トモ一旦之ヲ執行シタル以上ハ再ヒ充分ナル回復ヲ爲スコトヲ得ス然
レトモ昔時ノ墨刑劓刑等ニ勝レルヤ言ヲ竣タサルナリ
以上刑罰ニ要スル性質ト之ヲ達スルコトヲ得サルノ事由ヲ講了セリ然ルニ尙
ホ研究セサル可ラサルモノアリ
刑罰ハ何ヲ標準ト爲シ如何ナル方法ニ依リテ之ヲ設クヘキ乎
夫レ刑罰ノ輕重ハ犯罪ノ輕重ト比準セサルヲ得サルハ言ヲ竣タス然レトモ之
ヲ實際ニ應用スルニ至リテ甚タ困難ナリ先ツ其比準ハ如何ニセハ之カ宜シキ
ヲ得ルカ第一時代ニ由リテ同一ナラス野蠻瘴癘ノ代ニ在リテハ人々容易ニ命
令ニ服從セサルカ故ニ重刑ヲ用ヒサルヘカラス然レトモ世運文明ニ趨クニ隨
ヒ犯罪ハ同一ナリト雖トモ刑罰ハ之ヲ輕セサルヲ得ス又人民強剛ナル國ニ在
リテハ重刑ヲ用フルニアラサレハ能ク其目的ヲ達スルヲ得スト雖トモ怯懦ナ

ル國ハ輕刑ヲ用ヒテ能ク其目的ヲ達スルヲ得ヘシ
且又一國內ニ於テモ習慣ノ變遷ヨリ刑罰ノ輕重ヲ異ニセサル可ラス例之ハ同
ク政府ニ對シテ犯罪ヲ行フモ爲メニ斬首ノ刑ニ處セラルハ榮トスルノ習慣
アレハ死刑ヲ用フルノ必要ナキモ若シ然ラサルトキハ他ノ刑ヲ用ヒサルヘカ
ラス

又人ニ由リテ刑罰ヲ異ニセサルヘカラス例之ハ廉恥ヲ重スル社會ニ於テハ其
刑ヲ輕フシテ可ナルモ廉恥ヲ意トセサル社會ハ其刑ヲ重クセサルヲ得ス
是ニ由テ之ヲ觀レハ刑罰ハ何レノ時何レノ國ヲ問ハス總テ同一ノ刑罰ヲ用ヒ
テ同一ノ犯罪ヲ防遏スルコトヲ得ルト云フ可ラサルナリ
然ラハ則チ刑罰ハ立法者時代ニ由リ習慣ヲ計リ人ヲ見テ自由ニ之ヲ規定スヘ
ク道理上毫末モ此準スヘキ點ナキカ曰ク此ノ如ク立法者ニ無限ノ權力ヲ附與
スルハ宜シキヲ得タルモノニ非ス故ニ道理上少クモ之カ標準ヲ定メサルヘカ
ラス其標準トハ何ンヤ曰ク犯罪アルカ爲メニ受クル所ノ刑罰ハ犯罪ニ因テ得
ル所ノ利益ニ超過スルヲ必要トス然レトモ非常ニ之ニ超過スルヲ許サス只僅

カニ超過スルニ止ムヘシ此原則ハ一點ノ疑ヲ容ルヘキニアラス
 茲ニ至リテ直ニ第二ノ問題ヲ研究セサル可カラス犯罪ニ因テ得ル所ノ利益即
 チ是ナリ此點ヲ研究スル極メテ困難ナリ然レトモ先ツ犯罪ハ必ズ他人ノ權利
 ヲ害シ他人ノ利益ヲ害スルモノナレハ其害シタル他人ノ權利ト利益若クハ其
 損害ノ度ハ即チ犯罪ノ利益ナリト云ハ、大蓋ナカルヘシ故ニ之ニ比準シテ犯
 罪人ヨリ他人ヲ害シタル權ト同一ノ權ヲ奪却シ又ハ之ニ因リテ得タル利益ト
 殆ト同一ノ利益ヲ得ルコトヲ防禦スルニ足ル所ノ處分ヲ爲サ、ルヘカラス例
 ヘハ他人ノ自由ヲ妨害シタルトキハ其者ノ自由モ之ヲ剝奪シ又他人ノ物品ヲ
 盜取シタルトキハ其物品ヲ利益シ得サシムル刑罰ヲ科スヘシ然ルニ飽クマ
 テ此原則ヲ適用セントスルニハ古代ノ法律ヲ襲蹈セサルヲ得ス即チ他人ノ一
 肢ヲ切斷スレハ己レ亦一肢ヲ切斷セラレ他人ノ百文ヲ偷ムトキハ己レ亦百文
 ヲ提出セサルヲ得サルニ至ル此計法ハ稍ヤ善美ナルカ如シト雖トモ今日ハ何
 處ノ刑法ニモ之ヲ設ケタルヲ見ス又設クヘカラサルナリ蓋シ人類ハ必ズモ
 一肢ヲ切斷スレハ一肢ヲ切斷セラレ百文ヲ偷奪スレハ之ヲ提出セシムルニア

ラサレハ能ク其犯罪ヲ爲スノ念ヲ止ムルヲ得サルニアラス人類ハ如何ナル犯
 罪ヲ行フニモ幾分カ道理心ヲ有シ智識ヲ具フルモノナリ故ニ此ノ如ク刑罰ト
 犯罪トヲ同一ニセサルモ其尊重スル所ノ名譽上ニ幾分ノ刑罰ヲ被ラシムルト
 キハ之カ爲ニ犯罪ヲ止ムルヲ得ルナラン又百文ヲ偷奪シタル者ニ百文ヲ返還
 セシメサルモ此犯者ヲシテ今マテ行フタル所ノ惡事ナルコトヲ感悟セシメテ
 犯罪ヲ防止スル方法ナシトセス故ニ何國ノ刑罰モ其種類中ニハ名譽上ニ加フ
 ルノ性質ヲ有スル者アリ財産ニ及フモノアリ權利上ニ及フモノアリ權能上自
 由ノ如シニ及フ者アリ特ニ身體ヲ拘束スル刑罰ニアリテハ其之ヲ拘束セル間
 ニ犯人ヲシテ人間ハ規律ニ服從セサルヘカラスト云フコトヲ解得セシメ之ヲ
 解得シタル上自然社會ノ法律ニ從ハサルヘカラサルコトヲ知ラシムルヲ得蓋
 シ此ノ如クニシテ能ク犯罪者ノ迹ヲ絶タシムルニ至ルヲ得ヘシ
 之ヲ要スルニ刑罰ハ如何スレハ犯罪ト比準スルヲ得ルカト云ハ、犯人カ他人
 ノ名譽財産及ヒ權能上ニ加ヘタル損害ト被害者ノ害サレタル權利及ヒ利益ト
 比例スルヲ要ス然レトモ實際果シテ能ク其比較ヲ得ルヤ否ヤハ之ヲ見ルコト

主刑

第一章 主刑

極メテ困難ニシテ且ツ不正確ナリ只此標準ニ接近シテ刑罰ヲ定ムルトキハ大ナル不都合ナシトスルニ在ルノミ

時トシテ刑罰ハ犯罪ノ性質ト比照シテ定メサルヘカラス彼ノ國事犯ト常事犯トニ同一ノ刑罰ヲ科スルモ到底其目的ヲ達スルコトヲ得ス國事犯者ノ如キハ之ヲ罰スルニ死刑ヲ以テスルモ死刑ニ豫メ其甘シスル所ナリ故ニ死刑ヲ以テ能ク其犯罪ヲ防止スルコトヲ得ス然レトモ強盜人ヲ殺セシ罪ノ如キハ或ハ死刑ヲ以テ能ク其犯罪ヲ防止スルヲ得ルモ知ルヘカラス結局死刑ニシテ其目的ヲ達スルハ國事犯者ニ少ナク常事犯者ニ多シト云ハサルヘカラス是レ犯罪ノ性質ニ因リテ刑罰ヲ定メサルヲ得サル例證ナリ

(再覽) 七十六

重罪主刑

第一節 重罪ノ主刑

罪違警罪ノ區別ニ因リテ之ヲ講説セシ

重罪ノ主刑ハ第七條ニ之カ九個ヲ列記セリ全條ニ曰ク(左ニ記載シタルモノヲ以テ重罪ノ主刑ト爲ス一、死刑二、無期徒刑三、有期徒刑四、無期流刑五、有期徒刑六、重懲役七、輕懲役八、重禁獄九、輕禁獄ト此ノ九個ノ主刑中ニハ國事犯ニ用ユルモノアリ常事犯ニ用ユル者アリ

或ハ曰ク全一ノ條中ニ性質ノ異ナル國事犯ノ刑ト常事犯ノ刑トヲ規定スルハ其順序ノ正シキヲ得タルモノニアラスト然レトモ佛國刑法モ亦此ノ如ク列記セリ而シテ此ノ如ク列記スル所以ハ一見シテ刑ノ輕重ヲ知り得ルノ利益アレハナリ

以下順次ニ主刑ノ各個ニ就テ少ク説明ヲ爲サン

死刑

第一 死刑

(刑法)

(再覽)

七十七

死刑ハ極惡ナル罪人ノ生命ヲ奪却スルノ刑罰ナリ然レトモ此刑罰ハ刑法學上之ヲ設クヘキヤ否ヤハ近世學者ノ大ニ論スル所ナリ古昔未開ノ時世ニアリテハ何國ノ刑法ニモ死刑ヲ規定セサルハナク又一人トシテ其規定ヲ批難セシモノナカリキ管ニ之ヲ批難セサルノミナラス當時拷掠ノ法モ亦之ヲ是認シタリ世少シク文化ノ域ニ進ミ慘酷ノ風習日ヲ逐フテ漸ク消散スルニ隨ヒ第一ニ拷掠ノ法ヲ存廢スルノ議論沸騰シタルモ尙ホ未タ死刑存廢ノ点ヲ議スルモノナカリキ始メテ死刑存廢ノ問題ヲ明カニ論述セシモノハベツカリヤ氏ナリ氏ハ社會民約說ヲ論基トシテ曰ク社會ノ刑罰權アル所以ノモノハ其始メ各人相約シテ此權ヲ社會ニ附與シタルニアリテ社會固有ノ權ニ屬スルモノニアラス而シテ人ノ生命ハ契約ノ目的物ト爲スコトヲ得ルヤ否ト問ハ、元ト人ノ生命ハ天ヨリ賦與サレタルモノナレハ人々已レノ所有ニ相違ナシトハ云ヘ之ヲ自由ニ處置スルヲ許サス隨テ契約ノ目的物ト爲スヲ得サルナリ故ニ假令約束シテ刑罰權ヲ社會ニ附與シタルニモセヨ犯罪人ノ生命ヲ絶ツノ一点ニ至リテハ之ヲ認諾セシモノニ非スト此說ハ死刑全廢論ノ濫觴ナリ當時論者中之ニ反對

スルモノアリ曰ク人ノ生命ハ貴重ナルニ相違ナシト雖トモ各人相約シテ社會ヲ構造シタル所以ノ理ヲ考フルニ各人類ノ本性ヲ遵守セントスルニアルヤ明カナリ其故ニ其本性悖戾シテ犯罪ヲ行フモノ、如キハ最早人間ノ境遇ヲ離脱シテ禽獸社會ニ墮落シタルモノナリ禽獸ノ生命ハ之ヲ絶ツニ於テ何等ノ支障ナシ其ヲ以テ死刑ハ之ヲ廢スルコトヲ要セス此民約說ハ近世ニ至リテハ非理不正ノ太甚シキモノナリトシテ已ニ廢棄サレタリ然レトモ此問題ニハ他ノ主義ヲ懷抱スル者ノ間ニ推移シタリ死刑ヲ排斥スル論者ノ說ニ曰ク死刑ハ正當ナラス元來人ノ生命ハ天賦ノモノニシテ人間ノ隨意ニ支配スルヲ得サルモノナリ凡ソ物ヲ創造シタル者ニアラサレハ之ヲ左右スルコトヲ得サルハ原則ナリ然ルニ人ノ生命ハ人間ノ創造ニ係ルモノニアラス故ニ何人モ之ヲ侵害スルコトヲ得ス既ニ之ヲ侵害スルコトヲ得ストスレハ死刑ノ不正ナルコト言ヲ待タスシテ明カナリ死刑ヲ保護スル者ハ乃チ曰ク人ノ生命ハ果シテ之ヲ侵害スルコトヲ得サルカ反對論者ノ言ニ依レハ人間ノ生命ハ人ノ創造シタルモノニアラス故ニ侵害ス

ルコトヲ得スト若シ此論理ヲ擴充スレハ刑罰ハ總テ廢止セサルヲ得サルニ至ラン彼ノ無期徒刑ハ人ノ身体ニ施ス所ノ刑罰ニシテ其自由ヲ侵害スルモノナリ然ルニ人ノ自由モ亦天ヨリ賦與セラレタルモノナレバ天獨リ之ヲ喫奪スルコトヲ得ヘク人之ヲ如何トモスルコトヲ得サルヘシ然ラハ即チ何カ故ニ無期徒刑等ノ刑罰ヲ設ケテ自由ヲ侵害スルヲ顧ミス死刑ニ至リテハ則チ生命ヲ侵害スルコトヲ得スト云フカ其理ヲ解スルヲ得ス人ノ生命自由ノ侵害スヘカラサルハ正當ニ之ヲ使用スル時ニ限レリ若シ不正ニ之ヲ使用スレハ其生命自由ハ既ニ他人ヨリ尊敬サルヘキ價值ヲ失ヒタリト云フヲ得ヘシ蓋シ兇人アリテ他人ノ生命ヲ奪却スレハ是レ即チ自カラ已レノ生命ノ貴重スルニ足ラサルコトヲ明示シ若シ他人ノ自由ヲ妨クレハ是レ則チ自ラ已レノ自由貴重スルニ足ラサルコトヲ明示スルニ異ナラス此ノ如ク尊重サルヘキ價值ヲ有セサル生命自由ヲ奪却スルニ於テ何ノ妨ケカ之アラン加之ナラス人各正當防衛權ヲ有ス自己ノ生命ヲ保護スルカ爲メニ他人ノ生命ヲ奪却スルノ正當ナルハ既ニ社會ノ公認シタル原則ナリ然ラハ則チ社會モ亦社會ノ生命ヲ防衛スルカ爲メニ他

駁論

人ノ生命ヲ奪却スルハ當然ノ處置ニアラスヤ若シ一己人ニ付テハ正當ナルモ社會ニ在リテハ不正ナリト云フ者アラハ非理ノ甚シキモノト云ハサルヘカラス况ンヤ何レノ時代何レノ國土ヲ問ハズ今日マテ死刑ヲ襲用シ來レルヲ以テ見ルモ其正當ナルヤ疑ヲ容ルヘカラス

此說ハ大ニ取ルヘキ所アリト雖モ又未タ全ク之ニ從フヲ得ス先ツ第一ニ歴史上ノ理由ハ薄弱ニ取ルニ足ラス何トナレハ古昔ヨリ今日マテ行ヒ來レハトテ必スシモ正當ナリト云フコトヲ得サレハナリ然ラハ或ル場合ニ人ノ生命ヲ侵害スルコトヲ得ルハ猶人ノ自由ノ如シトノ理由ハ如何是亦直チニ同意スルヲ得ス蓋シ自由ハ人ノ創造セシモノニ非スト雖トモ之ヲ拘束シ而シテ同シク人ノ創造ニ係ラサル生命ニ限り之ヲ奪却スルヲ得ストスレハ論理上其當ヲ得ストハ或ハ一理アルカ如シ然レトモ少ク極端ニ偏スルノ論ナリ夫レ徒刑ノ如キ体刑ハ全ク自由ヲ結束シ去ル者ニ非スシテ只其幾分ヲ中止若クハ制限スルニ止マレリ之ニ反シテ死刑ハ全然生命ヲ奪フテ復タ社會中ニ存在セシメサルニアリ故ニ其間霄壤ノ差異アリト云ハサルヘカ

ラス生命ト自由トハ道理上輕重スルヲ得スト雖トモ若シ其間ニ輕重ヲ設クレハ生命ハ自由ヨリモ貴重ナリト云ハサルヘカラス今貴重ナル自由ハ之ヲ奪却シ得ルカ故ニ是ヨリ更ラニ貴重ナル生命モ亦之ヲ奪却シ得ルト云フハ大小輕重ヲ混シタルノ言ニシテ至當ノ論理ニ適セサルナリ

尙ホ此論者ハ社會ノ有スル正當防衛權ヲ基礎トシテ死刑ハ正當ナリト云ヘリ然レモ深ク熟考スルハ此ノ若ク決定スルコトヲ得ス防衛權ノ正當ナルハ危害ノ切迫ナルヲ要ス今死刑ヲ用ユル場合ハ常ニ果シテ死刑ヲ使用セサルヲ得サル程危害切迫スルカ決シテ然ラサルヘシ然ラハ則チ死刑ハ社會ノ生命ヲ保持スルニ必須欠クヘカラサルモニ當リテ之ヲ用ヒテコソ正當ナレ其他ノ場合ニ之ヲ用ユルハ不正ト云ハサルヘカラス是ニ由テ之ヲ觀レハ死刑存發ノ論ハ必竟死刑ハ社會ノ保全ニ必要ナリヤ否ヲ研究スルニアリ

此設題ニ積極ノ答辯ヲ爲レ死刑ハ必ス常ニ必要ナルコトヲ主張スルモノアリ其言ニ曰ク死刑ハ貴重無二ナル生命ヲ斷絶スルニアレハ之ヨリ恐ルヘキ刑罰アルナシ故ニ死刑ハ他人ニ例示シテ將來ノ危害ヲ防遏スルニ於テ効驗最モ著大

ナルモノナリ故ニ何等ノ方法ヲ用ユルモ犯罪ヲ防遏スルコトヲ得サル所ノ大罪人ニ向テハ此ノ極刑ヲ措テ他ニ良刑アルヲ見ス只之ノミニ止マラス他ニ尙ホ兇行者ヲ此社會ノ外ニ驅除スルノ利益アリ故ニ極刑トシテハ必ス死刑ヲ保存セサル可ラスト

此說ハ果シテ至當ナルヤ否ヤ或ル場合ニ於テハ或ハ至當ナラン前ニモ云ヘルカ如ク死刑ハ社會ノ狀体ニ由テ變更スヘキモノナレハ如何ナル刑ヲ以テスルモ極惡ノ犯罪ヲ防遏スルヲ得サルトキハ死刑ヲ用ヒテ之ヲ防遏スルコトヲ得ヘシ然レトモ現社會ノ有様ニ就テ考察スルニ若シ死刑ヲ用ヒサレハ果シテ社會ヲ維持スルヲ得サルカ余ハ決シテ然ラサルヲ信ス日佛ノ現世ニ在リテハ一概ニ此ノ如ク斷定スルヲ得ス夫レ方今死刑ヲ用ヒテ罰セントスル所ノモノハ如何ナル犯罪ナルカヲ見ヨ此刑罰ヲ受クル者ハ主トシテ謀殺犯人ナリ然ラハ謀殺犯人ハ死刑ヲ恐レテ其企望ヲ止ムルヤ否ヤ凡ソ人ヲ謀殺スル者ハ大概嫉妬心ノ過大ニ因ルニ非レハ惡恨ノ激昂スルニ基ク然レハ此ノ如キ犯人ハ人ヲ殺セハ己レモ亦死スルノ一事ハ豫メ覺悟スル所ニシテ犯罪ノ當時ハ少モ其死ヲ

願慮セサルハ通常ナリ故ニ此等ノ者ニ死刑ヲ科スルモ決シテ犯罪ヲ豫防スルニ足ラサルハ實例ニ徴シテ明カナリ時トシテハ死刑ヨリ無期刑ヲ恐怖スルコトナシトセス彼ノ在檻ノ囚徒カ無期徒刑ノ苦ヲ免レントシテ監視人ヲ殺害スルヲアルヲ以テ見ルモ之ヲ知ルヘシ又假令死刑ヲ廢スルモ左程犯罪人ヲ増加スルノ憂ナカルヘシ例之ハ埼玉地方ノ如キハ死刑ニ處セラルハモノ頻々現出セルモ同一ノ犯人ヲ減ゼス仙臺地方ハ其數甚タ少ナキモ兇惡ヲ増加セス此ノ如ク死刑ハ極惡ノ犯罪ヲ豫防スルニ足ラストセハ之ヲ以テ社會ヲ維持スルニ必要ナリト云フヲ得サルヤ明白ナリ隨テ其防衛ヤ正當ナルモノト云フヲ得ス是ニ於テ死刑ハ不正ナリ況ンヤ人ヲ殺セハ己レ亦死スヘシトスルハ今日ニ於テ尙ホ古風ヲ傳襲スルノ嫌アルヲ故ニ道理上死刑ヲ廢スルノ正當ナルヲ信ス

死刑ヲ設クルノ可否ニ付テハ上來述ヘ來リシカ如シ今其說ノ當否ハ暫ク之ヲ置キ死刑ハ他ノ刑罰ニ比シテ最も刑罰ニ要スル所ノ性質ヲ虧欠スルコトハ疑フヘカラサルノ事實ナリ成程死刑ハ刑罰ニ要スル一性質即チ一般人民ノ例示ト

ナルノ事ハ之ヲ除ヒテ他ニ其比ヲ見ス然レモ其他ノ性質ニ至リテハ一モ具備セスト云フテ可ナリ先ツ第一ニ分割スルコトヲ得ルカト云フニ決シテ能ハス彼ノ死刑ニ處スヘキ常事犯中特ニ謀殺罪ノ如キモ其情狀種々アリテ一ナラス故ニ之ヲ罰スル所ノ刑ハ分割シ得ルニ非レバ到底其犯罪ト刑罰トノ比例ヲ得ルコトヲ得ス然ルニ死刑ハ犯人ノ生命ヲ奪フニアレハ其情狀懲儉スヘシト思惟セハ勿チ下シテ一階級ヲ下ル無期徒刑ニ處スルヲ得ルノミ然ラサレハ依然重キ死刑ニ止メサルヘカラス是ヲ以テ犯者中一人ハ當然死刑ニ處スヘクシテ之ニ處スルモ他ノ一人ハ其情狀死刑ニ處スヘキ程ノ害惡ナシ然レモ又無期徒刑ノ寛刑ニ處スヘカラサルカ如キトハ止ムヲ得ス同一ニ死刑ニ處スルニ至ラン是レ分割シ得ルノ性質ヲ具ヘサルヨリ生スル所ノ弊害ナリ之ト同シク一身ニ止ルト云フノ點及ヒ平等ナラサルベカラスト云フノ點モ又同シク虧欠ス其虧欠スル所以ハ諸君ノ熟知セラルハ所ナレハ茲ニ復言セス

死刑ニ就テ最も刑罰ノ性質ヲ虧欠スル所ハ補償シ得サルノ點ナリ蓋シ補償シ得ルノ性質ニ付テハ他ノ刑罰亦全ク此性質ヲ具備シタリト云フコトヲ得ス然レ

死刑ノ如ク一部分ヲモ補償シ得サルニ非ルナリ即無期徒刑ノ如キハ既ニ服役シ了リタル部分ハ之ヲ補償スルヲ得スト雖モ其餘ノ部分ハ總テ補償スルヲ得ヘク若シ夫レ此刑ヲ科セラルカ爲メニ剝奪セラレタル權利ニ就テハ特赦等ニヨリテ之ヲ恢復スルヲ得ヘシ然ルニ死刑ハ如何ナル部分ヲモ之ヲ恢復スルヲ得ス最モ死後ニ至リ犯罪ナカリシヲ證明サルレバ死後其名譽ヲ洗雪シ得ヘシ然レモ生命ハ決シテ恢復スルヲ得サルナリ然リ而テ此性質ノ虧欠ハ死刑ヲ廢サヘル可カラサル一ノ理由トナレリ現時日本ニ於テハ未ダ正確ナル統計表ヲ得サルヲ以テ果ノ死後ニ至リテ名譽ヲ恢復スルカ如キ事之アリシヤ否ヤヲ知ラスト雖モ佛國ニ於テ往々是等ノ凶事ノ出來セシハ歴史ニ徴シテ明カナリ故ニ日本ニ於テ將來此ノ如キ嫌惡スヘキ事ヲ避ケンटनाラハ宜シク死刑ヲ全廢スヘシ

第二 無期徒刑

法律ニ於テ既ニ死刑ヲ設ケタル以上ハ無期徒刑モ亦必ス之ヲ設ケサルヘカラス何トナレハ若シ此刑ヲ設ケサレハ假令有期徒刑ノ最長期ヲ廿年若クハ三十年ト爲スト雖モ死刑ト死刑ニ次ク所ノ刑トノ間甚シキ懸隔ヲ生シテ勢ヒ平等及ヒ間接分割ノ性質ヲ虧缺スルニ至レハナリ

無期徒刑ハ終身々休ヲ拘束スル所ノ刑罰ニシテ之ヲ執行スルニハ内地ニ於テセシメテ島地ニ發遣シ(第十七條)或事業ヲ一定シテ之レニ服從セシム汎言スレハ無期徒刑ハ死刑ニ比シテ善良ナル刑罰ナリ然レモ尙非難スヘキ點ナキニ非ス第一ニ無期徒刑ハ平等ノ性質ヲ具ヘス何トナレハ六十歳ニテ罪ヲ犯シタル者ト二十五歳ニシテ罪ヲ犯シタル者ト同一ニ無期徒刑ニ處セララルモ其苦役ノ年數大ニ差アリ今假リ二人ノ命數ヲ六十年ト想像センニ六十歳ニ達シタル年首二人ヲ故殺シタル者ハ其年ノ終リニ死去スルヲ以テ僅カ一個年ノ服從ニテ勞働ヲ免ル然ルニ壯年者カ同罪ヲ犯スルハ數十年ノ久シキ鐵窓ノ下ニ呻吟スルノ不平等ヲ生スルニ至レハナリ又次ニ分割ノ性質ヲ有セス同一ナル罪ヲ犯シタル者ノ中ニモ或ハ其情狀ノ輕キモノアリ或ハ其情狀ノ重キ者アリ然ルニ其情狀ニシテ有期徒刑ニ處スル迄ニ至ラサルモ亦無期徒刑ニ處スレハ酷ナルコトアルハ此者ヲ彼ノ情狀ノ重キ者ト同シク無期徒刑ニ處セサルヲ得ス

豈不都合ニアラスヤ

然レモ無期徒刑ハ死刑ニ比シテ稍ヤ補償シ得ルノ目的ヲ達ス此故ニ甚タ重刑ニ過キタリト思慮シタルモハ若干年ノ間服従シタルノ後ニ至リ特赦ニ因リテ刑ノ執行ヲ免脱スルコトヲ得ヘク又分割シ得サルノ欠點モ特赦ニ因リテ其精神ヲ達スルコトヲ得ヘシ加之ナラス一方ヨリ考察スルトキハ無期徒刑ハ最モ例示トナリ得ヘキ性質ヲ有ス何トナレハ終生獄中ニアリテ苦役ニ服シ汲々其身ヲ勞役スルハ死刑ヨリ一層痛苦ヲ感スルノ點ナシトセス是ヲ以テ大ニ將來ノ犯人ヲ警醒スルニ足レハナリ又大ニ犯罪人其者ヲ懲戒スルノ性質ヲ具有ス曩キニ云ヘルカ如ク此ノ刑ニ處セラレタルモノハ皆必ス島地ニ發遣サルヘシ故ニ從來内地ニ住シテ其地風ニ慣レタル者一朝寂寥タシ島地ニ發遣サルハトキハ身ハ氣候ノ變化ニ感シ心ハ風物ノ不同ヲ傷ミ自然其良心ヲ刺激スルト之ニ加フルニ勞役ニ服従スルヲ以スレハ大ニ前非ノ悔悟ヲ促スニ至ルヘシ之ヲ要スルニ無期徒刑ハ社會ノ例示トナリ犯人ヲ懲戒スルニ足リ惡人ヲ此地ニ止メサルノ性質ヲ具有スルノ點ヨリ見レハ善良ナル刑罰ト云フヘキナリ

有期徒刑

第三 有期徒刑

有期徒刑ハ無期徒刑ニ同シ唯其異ナル點ハ一ハ年數ニ限リアリテ他ノ一ハ年數ニ限リナキトニアリ即チ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ナリ故ニ有期徒刑ハ之ヲ無期徒刑ニ比スレバ一層良刑ト云フヘシ何トナレハ無期徒刑ハ他ノ方法ヲ假用スルニ非レハ平等ト分割トノ目的ヲ達スルコトヲ得スト雖モ有期徒刑ハ其刑ノ範圍内ニテ是等ノ目的ヲ達スルヲ得レハナリ

第四 重懲役

第五 輕懲役

重懲役ト有期徒刑ノ差異ハ第一ハ年限ヲ異ニシ第二ハ執行ノ場所ヲ異ニス一ハ九年以上十一年以下ニシテ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服セシメ一ハ十二年以上十五年以下ニシテ島他ニ發遣シ定役ニ服セシム而テシ重懲役ト輕懲役ノ差ハ單ニ年限ノ長短ニ在ルノミ其他此二刑ノ性質等ハ殆ント有期徒刑ト同一ナリトス

以上説述シタル所ハ常事犯ニ適用スヘキ重罪ノ主刑ナリ

(刑法)

(再版) 八十九

死刑
國事犯ニ
付テ死刑
ノ可否

國事犯ニ關スル重罪ノ主刑ニモ亦五階級アリ

第一 死刑

常事犯ニ付テモ死刑ヲ設クヘキヤ否ヤハ既ニ大ニ議論ヲ生シタリ今假リニ常事犯ニハ死刑ヲ設クルヲ可ナリトスルモ更ニ國事犯ニ付テ一層議論ヲ生スルヲ見ル請フ之ヲ研究セン

死刑論者ノ說ニ曰ク第一ニ死刑ハ歷史上國事犯者ヲ罰スルニ必要缺クヘカサリレ刑罰ナリ古來何國ノ刑法ヲ繕閱スルモ此刑ヲ設ケサルコトナキヲ見ルモ亦明カナリ第二道理上國事犯者ノ爲ノミニ死刑ヲ廢スヘカラス今人ヲ謀殺シタル者常事犯ト内亂ヲ起シタル者國事犯トハ其社會ノ安寧ヲ害スルヲ孰レカ大ナルヤ一己人ノ生命ヲ奪却スルヨリ公衆ヲシテ塗炭ノ苦シミヲ受ケシムルハ社會ノ安寧ヲ害スルノ大ナルコト言ヲ待タサルヘシ然ニ爾害ノ小ナル謀殺罪ヲ犯シタル者ヲ處スルニ死刑ヲ以テシテ却テ害ノ大ナル内亂ヲ起シタル者ヲ處スルニ死刑ヲ以テセサル豈此ノ如キノ道理アラシヤ第三死刑モ或ハ國事犯者ノ生スルコトヲ防遏スルニ足ラサルヘシ然レモ死刑スラ猶且此ノコトニ死刑

(再版) 九十

以外ノ体刑ハ益ス其効驗ヲ見ルヲ望ムヘカラス故ニ止ムヲ得ス死刑ヲ用ヒサルヘカラス

此說未ダ至當ナリト云フヲ得ス第一歷史上ノ理由ハ一言ノ下ニ駁撃スルコトヲ得即チ昔時ヨリ襲用シ來レル者ハ必スシモ善良ナルモノニ非ス又第三ノ理由トシテ死刑以外ノ体刑ハ以テ國事犯者ヲ防遏スルヲ得スト云フト雖トモ若シ果シテ其言ノ如クナラハ何等ノ刑罰ヲモ設クルコトヲ得サルニ至ラン蓋シ死刑ハ國事犯者ヲ防遏スルニ足ラストセンカ既ニ死刑ノ必要ヲ見ス故ニ之ヲ用ユルヲ得ス而シテ他ノ刑罰モ亦之ヲ科スルヲ得サレハ國事犯者ハ遂ニ之ヲ罰スルヲ得サルニ至ラン

然ラハ國事犯者ハ之ヲ罰セスシテ可ナルカ否社會ヲ保存スルニハ必ス之ヲ罰セサルヘカラス之ヲ罰スルニハ如何ナル刑罰ヲ以テスヘキカ第一ニ死刑ヲ用ヒテ効驗アラサルコトハ明カナリ前ニモ云ヘルカ如ク國事犯人ハ決シテ死刑ヲ恐ルヘモノニ非ス自己ノ性命ヲ以テ犠牲ニ供シ馬革ヲ以テ屍ヲ裹ムハ豫メ其期スル所死刑彼ニ於テ何カアラシ

(刑法)

(再版) 九十一

然ラハ即チ他ニ國事犯人ヲ罰スルノ休刑ナキカ余ハ充分ニ之アルヲ信ス蓋シ
古來人ノ云フカ如ク慷慨死ニ就クハ易ク從容死ヲ待ツハ難シ夫レ國事犯人ハ
其死ヲ見ルコト其本ニ歸ルノ思フ爲スナラン然レモ若シ其希望ヲ遂ケ得サルニ
當リ春ヲ荷フテ土砂ヲ運搬セサルヘカサルハ彼ニ取リテ非常ニ大ナル苦惱
ヲ感スルナラン故ニ死刑以外ノ方法ヲ以テ國事犯人ヲ罰シテ効驗アルヤ疑フ
ヘカラス加之ナラス又其者ヲ懲戒スルノ方法ナキニ非ス之ヲ島地ニ發遣シ鐵
窓ノ下ニ孤坐セシメ徐ロニ其懷抱スル主義ノ非理ナルコトヲ悟ラシメハ自カラ
前非ヲ懊悔スルニ至ラン此ノ如クニシテ又能ク社會ノ擾騷ヲ綏定スルヲ得ヘ
キナリ次ニ論者カ道理上死刑ヲ廢ス可カラスト爲ス第二ノ理由ハ稍ヤ可ナル
カ如シ然レモ凡ソ犯罪人ヲ罰スルニハ單ニ外形上ニ現ハルハ所ノモノヘミヲ
見テ其輕重ヲ論定スヘカラス宜シク其意思ノ害惡ナル度合ヲ探求セサルヘカ
ラス國事犯人ノ心情ハ甚タ害惡ナラサルヲ常トス却テ社會ノ洪福ヲ希圖スル
ノ熱心ナルヨリ誤リテ社會ノ擾亂ヲ忘ルハ者アリ果シテ然ラハ適當ナル刑罰
ヲ以テ其者ノ行爲ヲ修改セシムルコト必要ナレ其者ノ生命ヲ奪却シテ永ク幽

界ニ彷徨セシムルカ如キハ其當ヲ得タルフ處置ナリト云フヲ得サルヘシ是ヲ
以テ佛國ハ勿論其他ノ文明諸國モ亦國事犯人ヲ罰スルニ死刑ヲ以テセス我國
ノ草案者モ此ノ主義ヲ採用セシカ修正ノ際斷然死刑ヲ採用シタリ思フニ其理
由ハ反對論者ノ理由ト同一ナラン

尙他ニ國事犯ニ關シテハ死刑ヲ廢セサルヘカサル理由アリ社會ノ道理ハ漸
々改進シテ止マサルナリ故ニ昨日ノ是ハ今日ノ非今日ノ善ハ明日ノ惡トナル
ヤモ亦知ルヘカラス而シテ政治上ノ主義ニ至リテ此道理ヲ出デサルナリ左レ
ハ今日ハ一國ノ主權者カ斯クノ主義ヲ是ナリトシ反對者ハ全ク之ト反對ノ主
義ヲ抱持シ而カモ其主義ヲ行フ能ハサルヨリ竟ニ無謀ノ干戈ヲ動スニ至レリ
然ルニ明日ニ至リテ政府自カラ其探ル所ノ主義ノ非ナルヲ認メ却テ反對者ノ
主義ノ正當ナルコトヲ發見スルコトナシトセサレハ假令反對者カ社會ヲ擾亂スル
モ其本ヲ正ストキハ全ク主權者ノ探リタル主義ノ非ナルニ基因スルモノナレ
ハ幾分カ國事犯人ノ刑ヲ補償スルヲ善シトス斯ル場合ナキニシモアラサルニ
モ拘ハラス尙ホ死刑ヲ用ヒントスルハ宜シキヲ得タリト云フ可カラサルナラ

ン且又國事犯人ノ蜂起スルヤ政府或ハ敗ヲ取ルコトアルヤ知ルヘカラス此故ニ立法者タル者ハ豫メ此點ヲ熟慮シテ刑罰ヲ定メサルトキハ果シテ國事犯人ノ勝利ヲ得タルニ際シテ其者死刑ノ極刑ヲ濫用シ殘暴ニ至ルコトアルヘケレハナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ何レノ點ヨリ論スルモ國事犯ニ付テハ死刑廢セサルヘカラス

第二 無期流刑

第三 有期流刑

流刑ニ無期有期ノ別アリ是尙常事犯ニ無期徒刑有期徒刑ノ區別アルカ如シ故ニ今再ヒ之ヲ詳說セス是常事犯ノ徒刑ト異ナル事ハ流刑ハ第二十條ニ規定スルカ如ク囚人ヲシテ定役ニ服セシメス又無期流刑ノ囚ハ五年ヲ經過セシ後行政ノ處分ヲ以テ其幽閉ヲ免シ島地ニ於テ或土地ヲ限リテ住居スルコトヲ許スヲ得徒刑ニ在リテハ定役ニ服セシメ流刑ニ於テハ之ニ服セシメサル所以ハ立法者カ國事犯者ヲ優遇シタルニ因ルナラン夫レ國事犯人ノ罪ハ多少公衆ノ利

益ヲ謀ラントスルニ原因スレハ常事犯人ノ如ク破廉恥敗道德ノ者ノミニ非ス故ニ此等ノ者ヲシテ卑汚ナル罪囚ト伍セシメ共ニ勞役ヲ取ラシムルニ忍ヒス又假令定役ニ服セシメサレハトテ刑罰ノ目的ヲ達セサルニ非ス之ヲ嶋地ニ發遣シ牢獄ニ密閉スレハ其心氣自ラ平靜ニ期シ無數ノ感想ヲ惹起シテ從來取リタル主義ノ誤謬ナルコトヲ發見シ翻然其思想ヲ改ムルニ至ラン此點ヨリ見ルトキハ却テ定役ニ服セシメサルヲ以テ可ナリトス蓋シ勞働シテ身心ヲ疲勞スルトキハ事ヲ計考スルヲ妨礙スレハナリ

第四 重禁獄

第五 輕禁獄

禁獄ト懲役ノ異ナル事ハ定役ニ服スルト否トニアリ而シテ其差異ノ理由ハ徒刑ト流刑ト差異アルト同一ナリトス以上重罪ノ主刑ヲ說了セリ

第二節 輕罪ノ主刑

重禁錮

九十六

一重禁錮 此刑罰ハ其性質重懲役及輕懲役ト同シ故ニ之ニ對シテ起ルヘキ非難モ亦懲役ト同一ナリ然リ而シテ重禁錮ト重輕懲役トノ異ナル點二個アリ第一ハ期限ヲ異ニス立法者ハ重懲役ハ九年以上十一年以下トシ輕懲役ハ六年以上八年以下ト爲シテ重禁錮ハ十一日以上五年以下ト爲ス且重輕懲役ノ期限ハ一定シテ常ニ範圍ヲ同フスルモ重禁錮ハ更ニ各犯罪ニ付テ其範圍ヲ細分セリ蓋シ重罪ノ体刑ハ數階級アルモ輕罪ノ体刑ハ唯一ナルニ因ル第二ハ勞役ニ因リテ得ル工錢ノ配分法ヲ異ニス我刑法ハ監獄法ニ從ヒ現役百日ヲ經過スレハ工錢ノ幾分ヲ獄舍ノ費用ニ供シ其幾分ヲ囚人ニ給與ス而シテ懲役ノ囚ハ十分ノ一ヲ與ヘ重禁錮ノ囚ハ十分ノ二ヲ給セリ

輕禁錮

二輕禁錮 此刑ノ性質ハ重輕禁獄ニ等シ而シテ其重輕禁獄ト期限ノ所定ヲ異ニスルコト重禁錮ノ懲役ニ於ケルカ如シ次ニ重輕禁獄ヲ常事犯ニ適用シタルハ殆ント之ヲ見サルモ輕禁錮ハ主トシテ國事犯ニ之ヲ適用シ又常事犯ニモ之ヲ適用ス蓋シ輕罪ノ常事犯中ニハ囚徒ナシテ社會ノ規律ノ守ルヘキヲ悟リ世計ヲ立ルノ道ヲ知ラシムルヨリ事ヲ熟考セシメテ刑罰ノ目的ヲ達スヘキ

最モ能ク
刑罰ノ目
的ヲ達シ
得ヘキ監
獄方法如
何

モノアレハナリ
以上体刑ニ關スル輕罪ノ主刑ヲ講了シタリ
然ルニ今之ヲ了ルニ當リ尙ホ一言スヘキモノアリ監獄法ノ事即チ是レナリ然レモ監獄法ハ元來一個ノ專門學ニ屬スヘキモノナレハ茲ニ之ヲ詳悉スルヲ得ス只如何ナル方法ニ依リテ之ヲ定ムレハ能ク刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得ル乎ト云フノ議論ハ大ニ刑罰ト關係アルヲ以テ其大要ヲ畧言セン
甲者ハ曰ク監獄ハ總テ囚人ヲ分離セサルヘカラス而シテ之ヲ分離スルハ晝夜ヲ論スルヲナシ且如何ナル勞役モ囚人ニ命ス可ラス何トナレハ之ヲ命スレハ分離ノ目的ヲ達スルヲ得サレハナリ
乙者ハ曰ク晝夜ヲ分タス囚人ヲ分離スルハ可ナリ然レモ晝間ハ勞役ニ服セシメサル可ラス
丙者ハ曰ク夜間ハ囚人ヲ分離スヘシ晝間ハ之ヲ分離セスシテ勞役ニ服セシム可シ
右三說中何レノ說ヲ採用スヘキカ是レ監獄學上大ヒニ研究ヲ要スル所ナリ然

(利法)

九十七

レ此今世人カ一般ニ採用シテ可ナリト爲ス所ノモノハ丙説ナリトス甲説ハ直チニ日本刑法ノ基本ヲ覆スノ説ナリ若シ夫レ四人ヲ分離シ之ヲシテ勞役ニ服セシメサレハ囚人ノ心情之ヲ慰ムルニ由ナキヲ以テ大ニ苦痛ヲ感セン又寂寥ノ餘リ種々ノ事ヲ靜慮シテ良心ニ復歸スルヲナシトセス然レハ犯罪ノ性質上勞役ニ服セシメスシテ獨リ幽牢ニ靜居セシムルモ毫モ之レカ効驗ヲ見サルヲアルヘシ故ニ甲説ハ必竟無益ノ説ト言ハサルヘカラス次ニ乙説バ甲説ヨリ稍ヤ可ナルカ如シ然レハ犯人ヲシテ社會ニ在リテハ守ルヘキノ規律アルヲ知ラシムルハ刑罰ノ一結果トシテ之ヲ希望セサルヲ得ス然ルニ犯人ヲ分離シテ服從セシムルハ到底此結果ヲ見ルヲ得ス多因相集リテ勞働シ始メテ社會ニ在リテ守ルヘキノ規律ノ何物タルヲ知得セシムルヲ得ヘシ一囚徒ヲ一室ニ分離シテ之ヲ知得セシメントスルハ決シテ望ムヘキノ非ス加之ナラス實際ニ之ヲ行ハントスルモ其費用ノ巨額ナルニ堪ヘサル可シ此ニ至リ丙説ヲ以テ完全ナリトセサル可ラス何トナレハ一方ニ於テハ夜間各囚人ヲ分離スルカ故ニ充分ニ苦痛ヲ感シ前非ヲ悟ラシムルニ足ルヘシ他ノ一方ニ於テハ晝間一所ニ

罰金

集合セシムルヲ以テ社會ニ於テ規律ノ守ルヘキヲ知リ生計ヲ立ルノ道ヲ習ハシムルヲ得レハナリ然ルニ此良法モ亦實際之ヲ採用スルノ國アルヲ聞カス蓋シ夜間各室ニ各囚ヲ分離スルニハ其費用決シテ尠少ナラサレハナリ然リト雖モ監獄ヲ完備シ刑罰ノ目的ヲ達セントセハ此分離法ヲ措テ他ニ良法アルヲ知ラサルナリ

三罰金 罰金ノ刑ハ上來説述セシ刑罰ニ比スレハ或ル點ニ於テ甚タ優ル所アルヲ見ルヘシ罰金ハ第一ニ分割シ得ルノ性質ヲ具備ス蓋シ金錢ハ小分數ニ細別スルヲ得レハナリ次ニ補償シ得ルノ性質モ亦之ヲ具備ス何トナレハ一旦之ヲ上納スルモ後日無罪ノ證據判然タルハ之ヲ還付スルヲ得ヘケレハナリ第三ニ平等ノ性質ヲ具備ス蓋シ既ニ十分ニ分割スルヲ得ル以上ニハ隨テ犯罪ノ模様ニ從ヒ其輕重ニ應ジテ平等ニ之ヲ適用スルヲ得ルハ勿論ナリ

罰金ハ此ノ如ク分割補償ノ性質ヲ具備シ隨テ平等ノ刑罰ナリ然レハ實際上實ニ平等ナリヤ否ヤ是レ少ク疑ナキヲ得ス何トナレハ何國ノ刑法ニ於テモ其最多額ヲ一定スレハナリ我刑法ニ付テ一例ヲ示サン詐欺取財ノ罪ハ二月以上四

年以下ノ體刑ニ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附科セリ即チ最多額ハ四十圓ナ
リ是ヲ以テ如何ニ情狀ノ重キ者ト雖モ四十圓ノ多額ヲ超過スルコトヲ得ス今夫
レ貧窮ノ者ハ此範圍内ニ於テ之ヲ罰スレハ十分刑罰ノ目的ヲ達スルコトヲ得ル
トセン乎富豪家ニ至リテハ秋毫モ痛痒ヲ感セサルヘシ故ニ平等ノ性質ヲ満足
スルニハ最多額ヲ一定セサルヲ可ナリトス
或ハ說ヲ爲シテ云フ者アリ曰ク罰金ヲシテ平等ノ性質ヲ有セシムルニハ各犯
人ノ財産ト比例ヲ取ルヘシ即チ犯人ノ財産ノ十分一以上十分ノ九以下ト云フ
カ如クニ罰金ノ額ヲ定ムレハ可ナリ故ニ犯人ノ資産百圓ナレハ十圓以上九十
圓以下ノ範圍内ニテ之ヲ科シ若シ百萬圓ナレハ十萬圓以上九十萬以下ノ範圍
内ニテ之ヲ科スヘシト此說或ハ可ナラン然レモ未タ十分ニ平等ノ性質ヲ有セ
シムルニ足ラス何トナレハ最寡額ニ就テ之ヲ觀察スルモ貧者十圓ノ罰金ヲ科
セラレハ餘ス所ノ財産ハ九十圓トナリ是レ以テ漸ク數月ヲ支フルニ足ルノミ
若シ富者十萬圓ノ罰金ヲ科セラルモ尙ホ九十萬圓ノ餘裕アルヲ以テ子孫ニ
至ルマテ安樂ニ其生命ヲ保續スルヲ得レハナリ況ンヤ此說ニ從フキハ一々犯

罰金ト同一
賠償スルヲ
視スルコト
得スルヲ
果テ七個
リ

人ノ財産調ヲ爲サ、ルヘカラス然ルニ財産調ハ大ニ人間一家ノ安寧ヲ害スル
モノナレハ立法者タル者ハ成ヘク丈ク此嫌忌スヘキ方法ヲ捨テサル可カラ
然ラハ則チ罰金ナルモノハ本質トシテハ平等ノ性質ヲ有スルモノナルモ實際
其効能ヲ見ルニ甚タ難シ若シ強テ平等ナラシメントセハ其最多額ヲ一定セ
シテ裁判官ノ認定ニ放委スルヨリ他ニ途ナキナリ然レモ各國ノ刑法皆之ヲ一
定セリ蓋シ斯ノ如ク重大ナル權力ヲ裁判官ニ放委スルキハ其弊ヤ富豪ノ者モ
一朝ニシテ貧窮ニ陥ルカ如キ慘虐ヲ生スルニ至レハナリ
罰金ハ以上ニ述タル如キ理由ナルヲ以テ或者ニハ大ニ制裁トナリテ例示懲戒
ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモ或者ニハ此結果ヲ生セシムルコトヲ得ス此一點他ノ
刑罰ニ比シテ大ニ不完全ナル所ナリ
我刑法ハ罰金ヲ以テ刑罰ナリト爲シタルカ故ニ賠償ト同一視スルコトヲ得ス之
ヨリ左ノ七個ノ結果ヲ生ス
(一)罰金ハ犯罪人自身ニ對スルニ非サレハ之ヲ言渡ストヲ得ス賠償ハ加害者本
人ニアラサルモ之ニ對シテ追求スルコトヲ得然レモ之カ例外アリ彼ノ煙草稅賣

藥印紙稅及菓子稅ノ如キ租稅ニ關スル特別法ハ必スシモ違犯者本人ニ對シテ罰金ヲ宣告セシ民事上ノ責任ヲ負擔スヘキ者ニ對シテ之ヲ宣告スヘキヲ命ス此例外ハ佛國ニ於テモ亦之ヲ採用セリ佛國大審院ハ此例外ヲ一見シテ罰金ハ刑罰ニ非スト判決セリ其理由ニ曰ク刑罰ハ犯人自身ニ對スルニ非サレハ之ヲ言渡ストナレハ立法者ハ第八條及第十條ニ於テ明カニ罰金ヲ以テ刑罰ト爲シタルハナリ然ラハ則チ何故ニ斯カル例外ヲ設ケタル乎曰ク煙草營業者ハ自ラ無印紙ノ煙草ヲ賣却スルヲ得サルハ勿論其雇人ニモ之ヲ賣却セシメサルノ義務ヲ負擔セサルヲ得ス然ルニ雇人ニシテ之ヲ賣却スルハ其主人ハ取モ直サス自己ノ負擔スル義務ニ背キタル者ナリ即チ其責己レニ在リテ自ラ之カ罰金受ケサルヲ得ス是レ法律ニ於テ民事上ノ責任ヲ負擔スヘキ者ヲ罰スル所以ナリ是ニ由テ之ヲ考フルハ之ヲ例外ト云フモ事實決シテ例外ニ在ラス

(二)犯人死去スルハ公訴權消滅スルヲ以テ死者ニ向テ罰金ヲ宣告スルヲ得ス之ニ反シテ賠償ハ死者ノ相續人ニ對シテ請求スルヲ得茲ニ一ノ注意スヘキ

「アリ犯人未タ死去セサル前既ニ罰金ノ宣告ヲ受ケ其裁判確定シタル後ニ死去シタルト假定セシ相續人ニ向テ之カ執行ヲ命スルヲ得ル乎今一偏ノ道理上ヨリ云フハ相續人ニ向テ罰金ヲ徵收スルヲ得サルカ如シ何トナレハ今假リニ重禁錮ノ刑ヲ言渡サレタル者裁判確定後ニ死去シタルトセンニ此時ハ其死者ノ相續人ニ對シテ重禁錮ノ刑ヲ科スルヲ得サルハ勿論ナリ然レハ罰金モ亦之ト同一ノ決定ヲ爲サ、ルヲ得ス何トナレハ体刑ハ死者ノ相續人ニ對シテ之ヲ科スルヲ得サルモ金錢上ノ刑ハ之ヲ科スルヲ得ルト云フノ理ナカルヘシ均シク刑罰ナルニ其間此ノ如キ差等アルノ理ナク然レハ又他ノ點ヨリ觀察スルハ敢テ体刑ト罰金トヲ區別スルノ理由ナキニアラス今夫レ犯人罰金ノ宣告ヲ受ケタルトセンニ其者ハ如何ナル義務ヲ負擔スル乎即チ其裁判確定スルハ單ニ金錢上ノ納ス可キノ義務ヲ負フニアラス而シテ金錢ヲ拂フヘキノ拘束シテ勞働セサル可カサルノ義務ヲ負フニアラス而シテ金錢ヲ拂フヘキノ義務ヲ負擔スル者ハ其債主ニ對シテ自己ノ財産上ニ共同賣權ヲ負擔セサルヲ得サルハ原則ナリ故ニ罰金ノ宣告ヲ受ケタル者モ亦政府ニ對シ其財産上ニ共

同質權ヲ負擔スル者ナリ然ルニ相續人ハ其財産ヲ相續シタルヲ以テ共同質權ノ負擔ヲ相續ス故ニ己レ政府ニ對シテ罰金上納ノ義務ヲ盡サル可カラス此ノ理由ニ依リ佛國等ニ於テハ現ニ相續人ニ對シテ罰金ヲ徵收スルヲ得ヘシトノ說アリ日本ニ在リテハ刑法附則第二十條ヲ以テ相續人ヲシテ此義務ヲ免レシメタリ

(三)罰金ハ刑罰ナルヲ以テ犯罪人ノ數ニ應ジテ個々殊別ノ罰金ヲ宣告セサル可ラス若シ賠償ノ如ク多人數ナルニモ關セス一個罰金ノミヲ宣告シテ足レリトセハ竟ニ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サルニ至ラン例之ハ今一人ニテ犯スルハ百圓ノ罰金ニ處セラレ數人ニテ犯スルハ數人合シテ百圓ノ罰金ニ處セラルハトセヨ一人ニ其罪ヲ犯サルヘシト雖モ百人ノ同意者ヲ招集シテ其犯罪ヲ遂行スヘシ是レ犯罪ヲ妨遏セントスルノ刑罰ハ却テ犯罪ヲ容易ナラシムルノ危機トナラン

(四)罰金ハ休刑ト同シク數罪一時ニ發覺スルハ只其重キ一罪ノ罰金ノミヲ科シテ其餘ハ之ヲ科セス之ニ反シテ賠償ハ十害アレハ十害ニ之ヲ賠償セシム此

結果ニモ亦例外アリ前ニ引用シタル租稅ニ關スル法律規則ニ於テハ我刑法ノ採用シタル數罪俱發ノ論理ニ依ラスシテ併科ノ主義ヲ採用セリ

(五)幼者ニ付テノ規定ハ罰金ノ刑ニモ亦之ヲ適用ス故ニ例ヘハ十二歳以上十六年未滿ニシテ是非善惡ヲ識別スルノ智力ナキ幼者力罪ヲ犯シタルハ罰金ヲ言渡ストヲ得ス賠償ハ民事上ノ責任ヲ負擔スヘキ者其損害ヲ拂ハサル可カラ

(六)罰金ハ刑罰ナルヲ以テ再犯ニ係ルハ之ヲ加重ス賠償ハ否ラス

(七)罰金ヲ徵收スル期限ハ七年ナルモ賠償ハ二十年若クハ三十年ナリ

違警罪ノ主刑

第三節 違警罪ノ主刑

一拘留 此刑ハ其性質輕禁錮ト同シ只期限ノ長短ヲ異ニスルノミ然シテ拘留ニ處セラレタル犯罪人ヲ勞役セシメサルノ理由ハ輕禁錮ノ理由ト異ナレリ輕禁錮ハ犯人ヲシテ熟考セシムルニ在ルモ拘留ハ其罪輕微ナルヲ以テナリ

二科料 此刑ハ金額ノ多寡ト期滿免除ノ期限トヲ除ケハ全ク罰金ト同一ナリ

故ニ之ヲ詳説セス

第三章 附加刑

剝奪公權

第一節 剝奪公權

剝奪公權ハ吾人ノ有スル公權ヲ奪却シテ終生之ヲ有セシメサルモノナリ而シテ其公權トハ何ソヤト云フニ第三十一條ニ之カ九個ヲ列記セリ曰ク一國民ノ特權、二官吏ト爲ルノ權、三勳章年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權、四外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權、五兵籍ニ入ルノ權、六裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權、七後見人ト爲ルノ權、八分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ權、九學校長及ヒ教師學監ト爲ルノ權是ナリ

剝奪公權ハ刑罰中非難ヲ受クルモノ、一ナリ蓋シ此刑ハ常ニ前掲ノ九權ヲ併セ剝クカ故ニ一ハ犯罪人ナシテ何等ノ痛痒ヲ感セシメサルヲアリ一ハ犯罪ノ性質ニ照シテ剝奪スルノ理由ヲ見サルヲアリ例之ハ強盜犯人ハ多ク無智無産ノ徒ナリ此等ノ者ニ擧權權又ハ官吏ト爲ルノ權ヲ剝奪スルモ彼何等ノ感ナシ

セス又今官吏カ己レノ監守スル所ノ官物ヲ竊取スル等ノ重罪ヲ犯スルハ官吏ト爲ルノ權ヲ剝奪スル誠ニ其理アリ然レモ毆打致死ノ罪ヲ犯シタル者ニ向テ官吏トナルノ權ヲ剝奪スルハ十分ニ其理由ヲ見ス故ニ此等ノ者ニハ宜シク此權ヲ與ヘサル可ラス其他多ク此ノ如キ結果ヲ生スルヲアリ即チ擧權權ノ如キ若シ擧權ニ付テ罪ヲ犯シタル者ハ此權ヲ剝奪スルハ可ナリト雖モ他ノ罪ヲ犯シタルニ此權ヲ與ヘサルハ奇ナリト云ハサルヲ得ス又裁判所ニ於テ證人トナルノ權ノ如キ若シ偽證証告ノ罪ヲ犯シタルハ其者ニ對シテ此權ヲ剝奪スルハ至當ナリト雖モ強姦罪ヲ犯シタル者ニモ尙此權ヲ與ヘサルハ妙ナリ淫慾者ハ必スシモ虛言ヲ爲スニ限ラサレハナリ後見人ト爲ルノ權モ亦然リ委託費消ノ如キ罪ヲ犯シタル者ニ此權ヲ與フルハ隨分危險ナルモ國事犯ヲ爲シタル者ニ此權ヲ與ヘハトテ何等ノ支障アラシ其他分散者ノ管財人トナルノ權學校長教師學監トナルノ權ノ如キモ是等ノ權ト犯罪ト何等ノ關係ナ有セサルヲ往々之レアレハ一概ニ剝奪スルノ限リニ非サルヘシ

是ニ由テ之ヲ觀レハ犯罪ニ匹敵スル公權ハ之ヲ剝奪シテ可ナルモ然ラサル者は

(刑法)

停止公權

マテ之ヲ剝奪スルハ正當ニ非ス然レモ強盜ヲ働キタル者内亂ヲ起シタル者強姦ヲ犯シタル者等ニ向テ此條ニ臚列セル一ヨリ九マテノ權ヲ剝奪スルハ危險ナリトノ理由ニ因ラスシテ名譽上ノ理由ニ因ルトスレハ不可ナル無シ然レモ名譽ニ傷ツクルモ順ミサル犯罪人ニ至リテハ第二ノ理由モ未タ此刑ヲ説明スニ足ラス

第二節 停止公權

停止公權ハ或期限間公權ヲ使用セシメサルヲ云フ夫レ刑罰ヲ受ケタル者ノ公權ヲ停止スル所以ハ單ニ名譽上ノ理由ニ止ラス尙他ノ理由アリ蓋シ剝奪公權ニ付テハ若シ刑餘ノ人ニ公權ヲ付與スレハ各人ノ爲メ大ニ危險ナリトノ理由ハ概シテ適用スルヲ得スト雖モ停止公權ハ然ラス先ツ國民ノ特權ニ就テ云ヘハ此權利ノ中ニハ被擧權ヲ包含セリ今因人カ代議士ニ撰舉セラレ赤褐衣ヲ着用シテ國會議事堂ニ出入スルヲ得ルカ何ヲ以テ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得ン官吏トナルノ權兵籍ニスルノ權分散人ノ管財人トナリ又ハ會社及共有財産ヲ管

禁治產

理スルノ權學校長及教師學監ト爲ルノ權モ亦同一ノ理由ニ依リテ之ヲ停止スルノ已ムヲ得サルヲ知ルヘシ其他後見人トナルノ權モ監獄ニ在リテハ之ヲ行フヲ得サルヘシ又外國ノ勳章モ赤褐衣ヲ着ケ連鎖ニ綴カレナカラ之ヲ佩用スルヲ得サルヘシ茲ニ少シク疑アルハ年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權及ヒ裁判所ニ於テ證人トナルノ權是ナリ然レモ余ハ此等ノ權利ト雖モ現ニ刑罰ノ執行中ハ之ヲ停止スルヲ以テ至當ナリト信ス

停止公權ト剝奪公權トノ間ニ存スル差異ハ剝奪公權ハ不平等ニシテ且分割スルヲ得ス停止公權ニ至リテモ充分ニ平等ナリ分割ヲ得ヘシト云フヲ得サルモ比較上剝奪公權ヨリ大ニ勝レル所アルヲ見ルヘシ又剝奪公權ハ終身公權ヲ剝奪スルモ停止公權ハ文字ノ如ク或刑期間公權ノ執行ヲ停止スルニ止マルモノトス

第三節 禁治產

禁治產モ亦停止公權ト同シク終身其權利ヲ剝奪シ去ルニアラスシテ一時治產

ノ權利ヲ停禁スルニ在リ今何カ故ニ此附加刑ヲ設ケタルカヲ考ふるニ第一若シ處刑中ノ人ニ許スニ依然自ラ其財産ヲ治ムルヲ以テスレハ金錢ノ使用自由ナルヲ以テ或ハ他人ニ不正當ノ贈與等ヲナシ遂ニ容易ニ免刑ヲ得ルニ至ルノ之レ無キヲ保セス此推測ハ元ト司獄官吏ヲ疑フニアレハ正當ノ推測ト云フヲ得サルヘシ然レモ或ハ萬一此患ナキヲ必ス可カラス是レ豫メ法律ノ規定ヲ要スル所以ナリ第二四人ヲシテ自己ノ財産ヲ自由ニスルヲ得セシムレハ充分ニ之ヲ懲罰シテ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サルニ至ル何トナレハ重禁錮ノ刑ニ處セラルト雖モ富裕ナル者ハ其金力ニ頼リ或ハ勞役ヲ免カレ或ハ美食ヲ爲シ或ハ同監ノ者ヲシテ種々珍奇ノ事ヲ爲サシメテ自ラ娛樂ヲ貪ル等尙ホ刑セラレサル者ト一樣ナルカ如キ狀ヲ呈セシ故ニ此等ノ事ヲ爲シ得ルノ途ハ一切之ヲ杜絶セサルヘカラス

禁治產ハ如何ナル權能ヲ禁止スルカ先ツ民事上爲シ得ヘキ所爲ヲ大別スレハ之ヲ三個ト爲スヲ得而シテ其中二個ハ財産ニ關スル權利ニシテ一個ハ身体ニ關スル權利ナリ即チ左ノ如シ曰ク財産ヲ管理スルノ權曰ク財産ヲ處分スル

ノ權曰ク一身上ニ關スル權能是ナリ夫レ然リ然ラハ治產ノ禁ヲ受ケタル者ハ總テ此等ノ權能ヲ禁遏セラルカ第一ノ財産管理權ヲ行フヲ得サルハ言ヲ俟タス何トナレハ此權利ハ治產ナル文字中ニ含蓄スルヤ明白ナレハナリ次ニ處分ノ權利ハ如何此權利ハ果シテ治產ノ中ニ包含スルヤ否ヤ甚タ疑ハシ然レモ他ノ一方ヨリ觀察シテ其禁止サルノヲ斷定スルヲ得蓋シ立法者カ自己ノ財産ヲ管理スルヲ禁止シタル所以ハ自由ニ之ヲ使用シテ種々ノ便宜ヲ得ルヲアルヲ恐レタナリ然ラハ其財産ヲ賣却シ其財産ヲ贈與スル等ノ所爲ヲ爲シ得サルハ毫モ疑フ可キニアラサルナリ次ニ一身上ニ關スルノ權能例ヘハ結婚ヲ爲シ私生ノ子ヲ我子ト認メ臨終ニ遺囑ヲ爲スカ如キ所爲ハ如何假令之ヲ爲スモ有效トセサルヲ得ス何トナレハ身獄内ニ在リテ結婚ヲ執行スルヲ得サルハ勿論ナルモ之カ契約ヲ爲スハ毫モ支障アルヲナシ又口以テ我子ナリト云ヒ筆以テ我子ナリト記スルモ敢テ立法者ノ憂フル所ヲ見ルニ至ラサレハナリ只遺囑ニ至リテハ佛國ニ於テ學者間ニ議論アリト雖モ已レ死去スルモハ斯々ニ爲ス可シト書面ニ記載スルニ過キサレハ縱令鐵窓ノ中ニ呻吟スト雖モ之ヲ爲ス

モ甚タ大ナル弊害ヲ惹起スルヲ莫ルヘシ是蓋シ多數ノ說ナリ我立法者モ亦此多數說ヲ採用セシモノナラン尤モ後見人ト爲ルノ權ノ如キハ已ニ停止公權ノ處ニ於テ説明シタルカ如クナルヲ以テ此權能ナキハ明瞭ナリ
 犯罪人カ此ノ如ク治産ノ禁ヲ受ケタルハ如何ナル方法ニ因テ其財産ヲ管理ス可キ乎是レ刑法ノ規定ナキモ民法發布セラルレハ法律上ノ無能力者ノ財産管理ハ保管人ニ於テ斯々ニスヘシト規定スルハ必然ナラン然レモ民法上ノ禁治産者ノ保管人ト刑法上ノ禁治産者ノ保管人トハ其間ニ一箇ノ差異アリ彼ノ保管人ハ都テ得タル所ノ利益ハ受禁者ノ掌中ヘ交付スヘキモノナルモ此保管人ハ其得タル所ノ利益ハ之ヲ受禁者ニ引渡スコトヲ得ス故ニ保管者ノ手中ニ貯蓄シ置クヨリ途ナキナリ

監視

第四節 監視

監視モ亦附加刑中ノ一ナルヲ以テ刑罰タルニ論ナキモ其刑罰タル所ハ如何ナル點ニアル乎監視ニ附シタル時履踐セシムヘキ種々ノ手續ヲ以テ刑罰トスル

カ將タ其手續ヲ外ニシテ無形ノ監督ヲ以テ刑罰ト爲スカ之ヲ決定スルハ決シテ無益ノ事ニ在ラス何トナレハ若シ監視ノ執行ニ關スル手續ヲ以テ刑罰ナリトセハ一旦監視ニ附シ中途ニシテ其執行方法ヲ改正スルモ尙舊來ノ方法ニ據テ之ヲ執行セサルヲ得ス若シ又無形ノ監督ヲ以テ刑罰ナリトセハ斯カル場合ニハ新法ノ方法ヲ用フルヲ得レハナリ我刑法ニ於テ之レヲ刑罰トナセシ點ハ履踐スヘキ手續ニアラスシテ無形ノ監督ニ在リト思考ス其故何ツヤ今刑法全部ヲ通覽スルニ何ノ所ニモ監視ノ執行方法ヲ規定スルヲ見ス立法者ハ之ヲ行政處分ト爲シ刑法附則ヲ以テ之ヲ規定セリ是レ則チ刑罰ニアラスシテ行政上ノ手續ナルカ依ナリ刑法ニ處刑ノ囚人ヲ島地ニ發遣スト規定アル場合ニ此刑ヲ言渡セハ他ノ詳細ナル手續即チ北海道ニ發遣スルカ八丈島ニ發遣スルカノ如キハ行政ノ處分ニシテ刑罰ニアラス之ヲ換言スレハ是レ全ク刑罰ノ執行ナレハナリ

是ヨリ監視ノ刑ノ得失ヲ一言セシ此附加刑ハ上來講述シ來レル種々ノ附加刑ニ比スレバ大ニ其目的ヲ異ニスルヲ見ルヘシ先ツ剝奪公權ノ事ハ暫ク措テ論

モス停止公權及禁治產ノ如キハ皆主刑ノ執行中ニ之ヲ行フモ監視ハ主刑ノ終了ヲ俟テ之ヲ行フモノトス而シテ其目的ハ犯罪人カ服役了リテ再ヒ社會ヘ出デタル後其再ヒ罪ヲ犯サンコトヲ豫防スルニ在リ故ニ嚴格ニ之ヲ論スルトキハ之ヲ刑罰ト言ハンヨリハ寧ロ警察ノ處分ト言フヘキナリ然レトモ日本刑法ハ勿論佛獨白ノ刑法ニ至ルマテ皆之ヲ刑罰ト爲セリ蓋シ此目的タルヤ極メテ可ナリ然レトモ仔細ニ之ヲ研究スルトキハ必ス二者中ノ一ニ居ラサル可ラス即チ或ハ此善美ナル目的ヲ到達セント欲スルカ必ス犯罪人ヲ増加スルノ弊害ヲ生ス或ハ此甚惡ナル弊害ヲ避ケント欲スルカ到底此目的ヲ達スルヲ得ス蓋シ再犯ヲ豫防センカ爲メニ刑餘ノ者ヲ監督スルニハ日本ノ如ク毎月二回警察署ヘ出頭セシメ其他ノ取締ヲ爲スカ又ハ始終巡查ヲシテ見張ヲ爲サシムルヲ要ス此ノ如クンハ人皆其者ノ犯罪人タルコトヲ識知ス隨テ社會ヘ出ツルモ其者ヲ備使スル者ナク爲メニ活路ニ窮迫シテ竟ニ復タ不正ノ所爲ヲ行フニ非サレハ其生命ヲ保續スルコト能ハサルニ至ラン然ラハ此等ノ取締法ヲ寬ニシ世人ヲレテ其犯罪人タルヲ知ラシメサランカ到底再犯ヲ豫防スルニ足ルヘキ

方法アルヲ見ス佛國ニ於テハ現行刑法制定以來監視ノ執行方法ノ制定ヲ變更スル七回ニ至ルヲ見ルモ亦此兩者ノ間ヲ調停スルノ至難ナルヲ知ルヘキナリ而シテ其至難ナル所以ハ刑餘者ノ活路ニ自由ヲ與フルトキハ正ニ監督ノ困難ト逆比例ヲ爲シ又監督ヲ周密ニスルトキハ活路ノ方法ニ不幸ノ結果ヲ來セハナリ故ニ監視ノ目的ヲ達スルコトハ易々タル業ニ非サレハ寧ロ之ヲ設ケサルノ優レルニ似タリ

第五節 罰金

罰金ニ付テハ主刑ノ罰金ト聊カ異ナル所ナキヲ以テ再ヒ茲ニ贅セス

第六節 沒收

沒收ノ性質ハ果シテ刑罰ナリヤ否ヤ之ヲ研究シテ其真ヲ得ルハ容易ニアラスト雖トモ立法者カ之レヲ以テ刑罰ト爲シタヤ第十條ニ依テ見ルモ明カナリ已ニ沒收ヲ以テ一個ノ刑罰ト定ムル以上ハ必ス之ヨリ生スル結果ナカルヘカ

ラス而シテ其主タル結果四アリ

- (一) 沒收ヲ言渡スニハ刑法其他ノ法律ニ明記スル場合ナルヲ要ス何トナレハ法律ニ正條ナキモノハ如何ナル刑罰ト雖モ之ヲ科スルヲ得サルハ刑法ノ原則ナレハナリ
- (二) 沒收ヲ言渡ス者ハ必ス裁判官ナルヲ要ス然レトモ佛國ニ於テハ此原則ニ一ノ例外アリ即チ税關規則ニ違背スルトキハ税關官吏沒收ノ刑ヲ言渡スコトヲ得ルカ如キ即チ其一例ナリ
- (三) 沒收ス可キ物件ハ必ス法律ニ明記スル物ナルコトヲ要ス之ヲ換言スレハ沒收スヘキ物件ノ代償物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス何トナレハ沒收ハ損害賠償ト同性質ノモノニ非サレハナリ然レトモ此規則ニモ亦例外アリ夫ノ賄賂ヲ收受シタル者カ收受シタル金品ヲ消費スレハ其代償ヲ追徴スルカ如キ是ナリ然レトモ是總則ノ沒收ヲ命シタル物件ヲ觀察シテ立言シタルナリ此追徴モ法律ニ明定シアレハ眞ニ例外ナリト云フヲ得ス
- (四) 裁判官ハ義務トシテ沒收ヲ言渡サル可カラス故ニ縱令ヒ檢察官ノ遺忘レテ之ヲ請求セサル時ト雖トモ尙ホ之ヲ言渡サル可カラス

其

沒收ノ
種類

以上ハ沒收ハ刑罰ナリト云フヨリ生スル結果ナリ然レトモ又他ニ刑罰ト同ニ結果ヲ引クコトヲ得サルモノアリ左ニ之ヲ講究セシムルニハ其刑ヲ併科スヘカヲサ
ルナリ故ニ沒收モ亦刑罰ナリト云ヘルヨリ嚴重ナル結果ヲ引クトキハ之下同
一ノ決定ヲ爲サルヲ得サルカ如シ然レトモ沒收ハ之ヲ併科セリ其故何ゾヤ
元來沒收ノ刑ハ或ル特別ノ性質ヲ有シ法律ノ之ヲ科スルヤ犯罪人ヲ觀察スルヨ
リハ寧ロ犯罪ニ關係スル物件ニ着眼シタリ若シ犯罪人ヲ觀察シテ設ケタル刑
罰ナリトスレハ數罪中ノ一罪ニ付テノミ之ヲ科シテ充分ナルモ犯罪ニ關係ス
ル物件ニ着眼スル刑罰ナリトスル以上ハ必ス數罪ノ刑ヲ併科スルニ非レハ刑
罰ノ目的ヲ満足セサルナリ

如ク斷言スルヲ得ス宜シク沒收ノ種類ヲ區別スルヲ要ス其區別ニアリ曰ク
對物ノ沒收曰ク對人ノ沒收是ナリ請フ今ヨリ此二種ノ沒收ニ就テ細說セシム
對物ノ沒收トハ物件ノ性質自ラ犯罪ノ事實ヲ現表スルカ故ニ爲ス所ノ沒收ニ

シテ其宣告ハ單ニ之ヲ受ケタル者ニ對シテノミ効アルニアラス他ノ者ニ對シテモ亦其効ヲ及ホス反之對人ノ沒收ハ物件ト犯罪人トノ關係アリテ始メテ沒收スルノ理アルモノニシテ他ノ者ニ其効ヲ及サス我刑法第四十三條ニ曰ク左ニ記載シタル物件ハ宣告シテ官ニ沒收ス但シ法律規則ニ於テ別ニ沒收ノ例ヲ定メタル者ハ各其法律ニ從フ(一)法律ニ於テ禁制シタル物件(二)犯罪ノ用ニ供シタル物件(三)犯罪ニ因テ得タル物件ト本條ノ第一ハ則チ對物ノ沒收ニシテ第二及ヒ第三ハ對人ノ沒收ナリトス

第一 對物ノ沒收 佛國ニ於テ對物ノ沒收ニ係ル物件ヲ罪體ノ物件ト稱スルカ如シ罪體ノ物件トハ何ツヤ佛國ニ於テモ定義一定セス然レモ犯罪ヲ構成スルニ缺ク可ラサル物件若クハ犯罪ノ實行ヲ受クル所ノ物件ト云ハハ大過ナルヘシ例之ハ偽造又ハ變造サレタル貨幣ハ罪體ナリ何トナレハ偽造變造ノ實行ヲ受ケ又此罪ヲ構成スルニ缺ク可ラサル物件ナレハナリ若シ罪體ノ意義ニシテ此ノ如クナレハ罪體ノ物件ハ之ヲ沒收スト云フハ甚穩當ナラサルナリ蓋シ此ノ如クシテ洵ニ能ク法律ヲ適用シ得ル場合アリト雖トモ亦大ニ不都合

其 一

場合アリ實例ヲ舉ゲテ之ヲ證明セン彼ノ貨幣ヲ偽造セシ場合ノ如キ其偽造ニ係ル貨幣ハ罪體ナリ而シテ是究竟沒收スヘキ物件ナレハ極メテ恰好ナルヘシ然レトモ車馬禁制ノ場所ヘ馬車ヲ乘入レ漁網ヲ投スル河川ニ之ヲ投入セシ場合ノ如キ其馬車其漁網ハ罪體ノ物件ト云フヲ得ヘシ然ラハ之ヲ沒收スルカ曰ク否ラス我國ハ勿論泰西諸國ニ於テ之ヲ沒收セシコトアルヲ聞カス余モ亦之ヲ沒收スルノ不道理ナルヲ知ル況ンヤ時ニ罪體ト犯罪ニ因リテ得タル物件ト同一ナルノ嫌アルオヤ加之素ト罪體トシテ沒收スル所以ノモノハ何ツヤ其物件ノ性質自體カ危險ナルカ故ニ非スヤ然ルニ馬車漁網ハ其性質自體カ犯罪ヲ顯表シ其物件自體カ社會ニ在リテ危險ナルモノナリト云フヲ得ヘキ乎何人モ其使用ノ物件ナルヲ知ルモ社會ニ在リテ危險ナル物件ナリト云ハサルヘシ故ニ罪體ナル語ハ之ヲ改刪シテ物件自體カ犯罪ヲ證明スト云ヘルカ如キ語ヲ用弗ルトキハ立法者ノ意誠ニ明瞭ナリ蓋シ我刑法モ亦此意ヲ承ケ放ラニ罪體ノ文字ヲ斥ケ法律ニ於テ禁制シタル物件ナル語ヲ用タルナラン即チ爰ニ所謂禁制ナル文字ハ殆ント物件自體カ犯罪ヲ證明スト云ヘル數文字ト同

一ノ意義ヲ有スルナラン蓋シ法律ノ禁制スル物件ハ其性質上危險ナルガ故ニ
 一個人ヲシテ之ヲ所有スルコトヲ禁シタルナリ
 之ヲ要スルニ對物ノ沒收ニ係ル物件ハ則チ我刑法ニ所謂ル法律ニ於テ禁制シ
 タル物件ナリト信ス而シテ其之ヲ沒收スルノ理由ハ前段ニ於テ述ヘタルカ如
 クナルハシ故ニ法律ニ於テ禁制シタル物件ナル文字ハ汎博ニ解釋シテ濫用ニ
 製造販賣ノ禁制マテ其中ニ包含セシムルヲ得ス是ヲ以テ春書ノ如キハ公然販
 賣スルヲ禁セラルヽモ之ヲ沒收スルヲ得ス是等物件ノ範圍外ニ在ルモノト云
 フ可シ何トナレハ春書ハ其物自體カ犯罪ヲ顯表スルモノニアラスシテ單ニ公
 ケル場所ニ展列シテ始メテ犯罪トナレハナリ是ヲ以テ禁制トハ概テ所有ノ禁
 制ヲ謂フ軍用ノ銃砲彈藥ノ如キハ其適例ナリ其他直接ニ所有ヲ禁セスシテ製
 造等ヲ禁スルモ物件ノ性質危險ニシテ自ヲ犯罪ヲ顯表スルカ故ニ間接ニ所有
 ヲ禁シタリト認ムヘキモノハ又禁制物ト見做スベシ偽造貨幣ノ如キ即チ是ナ
 リ
 對物ノ沒收ニ係ル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收ス佛國ニ於テハ道理上

此等ノ物件ハ何人ニモ其宣告ノ効ヲ及ホスヘシト雖トモ法律上其効ヲ及ホス
 ヲ得ルヤ否ヤニ付キ學者間ニ議論アリシ我刑法ハ第四十四條ニ於テ法律ニ於テ
 禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之レヲ沒收スルアルヲ以テ最早何等ノ
 議論ヲ生セス而シテ此規定ハ甚タ正當ナリ蓋シ前ニ述フルカ如ク此沒收ハ其
 物件ノ性質自ラ危險ニシテ濫リニ一個人ヲシテ所有セシムルヲ得サルニ由ル
 故ニ之ヲ沒收スルモ犯罪人ノミナラス何人モ之ニ抗辯スルノ理由ナシ國家ハ
 其物件ニ接觸スルノ機會アラハ直チニ之ヲ沒收シテ可ナリ豈ニ所有者ノ何人
 アルヲ問フヲ要センヤ況ンヤ元來直接若クハ間接ニ所有ヲ禁シタレハ所有者
 アルヘキ理ナキニ於テオヤ故ニ本條ノ所謂所有ハ所有權ノ所有ニアラスシテ
 單純ナル保有スト解スヘシ或ハ之ヲ批難シテ曰ハン若シ犯罪人以外ノ者マデ
 沒收宣告ノ効ヲ及ホストキハ犯罪人ハ其物件ヲ沒收サルヽモ元ト他人ニ屬ス
 ル物件ナレハ已レ少シモ痛痒ヲ感セサルヘシト余モ亦犯罪人ニ取リテハ此沒
 收ノ効ナキヲ認諾ス然レトモ犯罪人ニ寸毫ノ効ナシトスルモ其物件ノ性質之
 ヲ沒收シテ大ニ効驗アル以上ハ他ヲ顧慮スルニ及ハス是レ又沒收ノ特質ナル

今一ノ注意スヘキモノアリ時トシテ一個人カ正當ノ手續ヲ經由スルカ又ハ身分ヨリシテ有効ニ物上ノ沒收ニ係ルヘキ物件ヲ所有スルヲ得ルコトアリ假令モ所有ヲ禁スルモ絶對ニ之ヲ禁スルハ甚タ稀ナルヘシ若シ其人ノ所有ニ係ルトキハ本條ヲ適用スルヲ得ヌシテ其人ニ返還スルヲ要ス然ルニ裁判ノ當時有効ニ所有スルヲ得ル者ノ物件ナルヲ知ラスシテ沒收セハ其人ハ如何シテ之カ還付ヲ求ムルヲ得ルカ若シ上告シテ其物件ヲ取戻サンカ上告ハ裁判言渡ヲ受ケタル事件ノ關係人ニ非レハ之ヲ爲スヲ得ヌ然ラハ則チ到底之カ返還ヲ請求スルヲ得サルカ殆ント其方法ヲ見サルカ如シ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ此場合ニハ其有効ニ所持シ得ル者ハ其物件ノ返還ヲ裁判所ニ對シテ請求スヘシ而シテ裁判所モ亦物上ノ沒收ニ係ル物件ト雖トモ他ノ物件ト同ク保存期間ハ之ヲ保存スヘシ此ノ如キ場合ハ獨リ物上沒收ノ物件ニ關シテノミナラス對人沒收ノ物件ニ付テモ亦之ヲ見ルヘシ例之ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件モ其所有主ノ何人タルヲ知ラサル場合ニハ之ヲ沒收ス然ルニ他日所有者來リテ之カ返

其二

還ヲ求ムルヲ得ヘシ是沒收物ノ保存期アル所以ナリ故ニ當然所有シ得ル者ハ假令モ上告ヲ爲スヲ得サルモ毫モ憂フルニ足ラサルナリ

第二 對人ノ沒收 我刑法ハ佛國刑法ト共ニ對人ノ沒收ニ係ルヘキ物件ハ二種アルコトヲ認メタリ

一 犯罪ノ用ニ供シタル物件 犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ヲ構成スルニ付テ使用シタル總テノ物件ヲ云フ而シテ罪體ノ物件ハ其中ニ入ルヲ得ス何トナレハ構成ノ一分子ハ用ニ供スト云フ可ラサレハナリ竊盜ニ於ケル梯子故殺ニ於ケル刀劍ノ如キハ即チ犯罪ノ用ニ供シタル物件ナリ此等ノ物件ノ沒收ハ其目的性質共ニ物上ノ沒收ト同一ナラス蓋シ彼ハ絶對ノ危險ヲ防止スルニ在リテ此ハ關係ノ危險ヲ防止スルニ在リ犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ其性質ヨリシテ危險ナルニアラス犯罪人トノ關係上即チ犯罪人ヲシテ所有セシムルハ危險ナリトノ理由ニ依リテ之ヲ沒收スルナリ故ニ犯罪人ノ所有ナルカ又ハ現ニ所有主知レサルトキニ之ヲ沒收スルノモ

二 犯罪ニ因テ得タル物件 犯罪ニ因テ得タル物件トハ犯罪ノ利得タル物件

(刑 法)

ナリ此物件ヲ沒收スルコトモ亦真正ニ犯罪人ニ對スル刑罰ト云フヲ得ス唯之ヲ沒收スルハ犯罪人ヲシテ不義ノ利益ヲ得セシメサルニ在リ今若シ他人ノ物件ヲ盜奪セシ者ヲ捕縛シテ之ヲ罰シシカラ其被害者ヲ保護シテ被盜ノ物件ヲ還付スルノ處分ヲ爲サハルトキハ被害者ノ爲メ甚ダ不親切ナリ故ニ裁判官ニシテ被害者ノ誰タルコトヲ知得セハ縱令其者ノ請求ナキ時ト雖トモ其物件ヲ還付セサルヘカラス然ルニ若シ被害者ナケレハ裁判官其物件ヲ沒收スルモ何人モ何等ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ犯罪人ハ犯罪即チ不正ノ原因ヲ主張シテ其所有者ヲ保護スルヲ得ス而シテ他ニ正當ノ所有主ナケレハナリ即チ其物件ハ無主物ニシテ到底政府ノ利益ニ歸スヘシ故ニ嚴格ニ之ヲ論スレハ刑罰ノ性質ヲ具ヘスト云フテ可ナリ然レトモ之ヲ前段ノ沒收ニ比較スルトキハ此沒收ハ幾クカ刑罰ノ性質ヲ具フル者ト云ハサル可カラス何トナレハ百方苦辛シテ漸ク他人ノ所有物ヲ盜奪スルモ其利益ハ忽チ泡沫ニ歸スルヲ以テ將來ヲ警誡スルニ足ル可ケレハナリ

此種ノ物件ヲ沒收スルニ付テ一疑問アリ即チ其沒收ハ犯罪人ニ因テ直接ニ得タ

ル物件ニ限ルヤ否ヤト云フノ問題はナリ初メ實際上ニ於テハ直接ト間接ト問ハス犯罪ノ利得タル物件ハ皆之ヲ沒收セリ故ニ盜取シタル金銭ヲ以テ衣服ヲ購買スレハ其衣服ヲ沒收シタリ然レトモ前年司法省ノ内訓ニ依リテ犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件ノミヲ沒收スヘキモノト定メタリ故ニ學問上ハ未タ一致ノ說ナシトスルモ實際上ハ一致シタリ而シテ余ハ司法省ノ内訓ヲ以テ至當ナリト信ス蓋シ是能ク曩ニ述ヘタル第四ノ結果ニ適合スルモノナリ即チ沒收ハ一個ノ刑罰ニシテ損害賠償ノ性質ヲ具フルモノニ非ス隨テ現ニ犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件ニ非サレハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス彼ノ金銭ヲ盜取シタルニモ拘ハラス其金銭ヲ以テ購買シタル衣服ヲ沒收スルカ如キハ則チ代償物ヲ沒收スルニアラスモテ何ゾヤ然ラハ則チ沒收ノ性質ニ悖戾スルモノト曰ハサルヘカラス故ニ如何ニ精神ハ犯罪人ヲシテ不義ノ利益ヲ得セシメサルニアリトスルモ之カ爲メニ刑罰ノ性質ヲ動スコトヲ得ス論者或ハ曰ハシ盜奪シタル金銭モ之ヲ以テ購買シタル物件モ同シテ犯罪ニ原因シテ得タル物件ニアラスヤ然ルニ金銭現存スルトキノミ之ヲ沒收シテ物品ニ變更シタルトキハ之ヲ沒收

セスト云フハ則チ條文ヲ塗抹シ去ルニ非スヤト然レモ是條文ニ所謂「因テ」
ル文字ノ解釋如何ニ由ル廣ク犯罪ニ原因シテ得タル物件ヲ指示スルニアラス
シテ初メテ犯罪ヨリ得タル物件即チ因ハ直接ノ原因ト解釋スレハ決シテ條文
ニ反スルカ如キ不都合ヲ生セサルナリ
今此説明ヲ了ルニ臨ミ一ノ注意ヲ爲サン即チ一物件ニシテ法律ニ於テ禁制シ
タル物件ニシテ且犯罪ノ用ニ供シタル物件軍用銃ヲ以テ殺傷シタル場合ノ如
シ又ハ犯罪ニ因テ得タル物件同片烟ヲ竊取シタル場合ノ如キナルコトアラン
此ノ如キ場合ニハ何レニ依ルモ可ナルカ如シト雖トモ物上沒收ノ處分ヲ爲ス
ヲ以テ優レリトス

第四章 刑罰ノ執行

刑罰ノ執行ハ之ヲ二段ニ分チテ第一ヲ主刑ノ執行第二ヲ附加刑ノ執行ト爲シ
又主刑ノ執行ヲ細別レテ體刑ノ執行及ヒ金錢上ノ執行ト爲シテ順次ニ之ヲ説
明セン

第一節 主刑ノ執行

一 體刑ノ執行

體刑ノ執行

體刑ノ執行ハ之ヲ四段ニ分テ講スルヲ簡便トス曰ク體刑ハ何ノ時ニ之ヲ執行
スヘキカ曰ク體刑ノ執行ハ何ノ時ヨリ經過ヲ始ムルカ曰ク體刑ハ如何ナル場
所如何ナル方法ニ之ヲ執行スルカ曰ク體刑ハ如何ナル官吏カ之ヲ管轄スル
カ即チ是ナリ以下順次之ヲ説明セン
第一體刑ハ何ノ時ニ之ヲ執行スヘキカ第五十條ニ曰ク刑ハ裁判確定シタル后
ニ非サルハ之ヲ執行スルコトヲ得ズト此條ヨリ一個ノ規則ヲ生スルニシテ
一刑罰ハ裁判ヲ確定シ待テ之ヲ執行ス諸君モ知ラル、如ク裁判ハ上訴オ
ヘモノゾリテ控訴又ハ上告ヲ爲スコトヲ得故ニ此等ノ上訴ニ付キ判決アリテ
裁判確定スルカ又ハ上訴ナシテ上訴ノ期限ヲ經過シ爲ニ裁判確定シタル
后ニ非サルハ刑罰ヲ執行スルコトヲ得ズ此點付刑事ト民事トハ全ク其規定
又同フモ佛國ニ於テハ民事上テスリテテ控訴ヲオビ然レトモ裁判ノ執行

ヲ停止スルモ上告ヲ爲シタルトキハ之ヲ停止セサルヲ通則トス而シテ我國ニ於テモ議論アリト雖トモ現行訴訟法ハ佛國ト同レハ上告ハ裁判ノ執行ヲ停止セサルヲ以テ通常トス又我國ト佛國トノ間ハ民事上ノ裁判ハ縱令モ控訴アリタルトキハ裁判ヲ停止スヘキヲ原則トスルモ若レ假執行ヲ爲スノ必要アレハ其執行ヲ停止セズ之ニ反シ刑事ニ在テハ元ヨリ假執行ヲ爲スヲ得ス必スヤ裁判ノ確定ヲ待チ即チ上告ニ付判決アリテ確定シタル後之ヲ執行スベシ此ノ如ク差異アル所以ノモノハ民事ニ在テハ假令モ裁判ヲ執行スルモ若レ其裁判ニシテ破毀セラルレハ再ヒ之ヲ補償スルヲ得ヘシト雖トモ刑事ニ於テハ禁錮懲役ト雖モ一旦服役セシメタル以上ハ再ヒ之ヲ補償スルコトヲ得ス現ニヤ死刑ニ於テオヤ是刑罰ハ裁判確定スルニ非サレハ執行スルヲ得サル所以ナリ隨テ何レノ國ノ立法者ト雖トモ刑事上ノ上訴期限ハ民事上ノ上訴期限ヨリ之ヲ短クセリ

二 體刑ハ裁判確定スレハ直ニ之ヲ執行ス此規則ハ當然ニシテ別ニ説明ヲ待タズ然レトモ此第二ノ規則ニ付テハ種々ノ例外アリ請フ左ニ之ヲ説カン

第一例外

第一例外 刑法第十四條ニ之ヲ規定セリ刑罰ハ原則上裁判確定スレハ直ニ之ヲ執行セサルヲ得スト雖トモ大祀令節國祭ノ日ハ直ニ執行スルヲ得ズ蓋シ此等ノ日ハ一國人民カ或ハ祝賀ヲ表シ或ハ哀傷ヲ表スヘキ日ナリ然ルニ此日ニ於テ死刑ヲ執行スルトキハ幾何カ人民ノ感情ヲ破リ且チ人心ノ忍フ可カラサル所アレハナリ故ニ罪人ト雖トモ多少祝賀ノ餘澤ニ浴シ哀傷ノ餘響ニ感セラルニ如カストシテ斯例外ヲ規定シタリ

第二例外

第二例外 第十三條モ亦原則ノ一例外ヲ設ケタリ即チ死刑ハ裁判確定スト雖トモ司法卿ノ命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス其理由ハ前ニモ云ヘルカ如ク死刑ハ一毫モ補償スルヲ得サル所ノ刑罰ナリ故ニ此刑ノ執行ニ付テハ鄭重ニ鄭重ヲ加ヘサルヘカラス加之同シク死刑ニ處セラル者ト雖トモ或ハ其情狀ニヨリ特赦ヲ以テ減免セラルハコトナシトセバ彼ノ無期徒刑以下ノ刑ナレハ良シヤ一旦之ヲ執行スルモ特赦ノ恩典ヲ被ラシムルヲ得ルト雖トモ死刑ハ即チ然ラス死刑ハ其執行ヲ始ムレハ則チ瞬時ニシテ之ヲ了ル是ヲ以テ一旦之ヲ執行スルトキハ假令之ヲ特赦セントスルモ已ニ晚シ故ニ死刑ハ

第三例外

裁判ノ確定ト同時ニ之ヲ執行スルモノトスレハ他ノ刑ハ特赦ヲ被フルヲ得ルモ死刑ハ之ヲ被フルヲ得サルニ至ラン然ルニ特赦ノ妙ハ元來死刑ニ在リ是レ死刑ハ裁判確定スルモ直ニ執行スルヲ得スト爲シタル所以ナリ

第三例外 第十五條ノ規定即チ是ナリ此例外ヲ置キタル理由ハ刑罰ハ犯罪人ノ一身ニ止マルヲ要スト云ヘル原則ノ適用ニ過キサルヘシ若シ夫レ分娩後直ニ死刑ヲ執行スルトキハ被刑者一人ノ一身ニ止マラスシテ其嬰兒ヲモ殺死スルニ至ラン是レ出産前ノミナラス其後モ尙ホ一百日ノ猶豫ヲ與ヘズ其嬰兒ヲ哺乳セシムルノ寬典ヲ與ヘタル所以ナリ然ラハ何故ニ一百日ノ長キ猶豫ヲ與フルカ曰ク嬰兒ノ哺乳時期ハ大抵一百日ニテ充分ナルヲ以テナリ或ハ曰ク出産後一百日ノ猶豫ヲ與ヘタルハ實ニ嬰兒ノ哺乳ニ必要ナルカ爲メノミニ非ス其母ヲシテ分娩ヲ満足セシムルノ精神ナリト夫レ或ハ然ラン然レモ立法者ノ精神ハ此ニ在ラス若果シテ或者ノ説ノ如クナラシメハ執行ヲ停止スルノ一事ニ止マラス裁判ノ宣告ヲモ停止セサルヘカラス何トナレハ死刑ノ宣告ニ驚キ流産ヲ爲スノ恐アレハナリ佛國中世ノ法律ニモ此ノ如キ規定アリシ然ルニ我

立法者ハ宣告ハ之ヲ停止セサルヲ以テ見レハ本條ハ全ク兒子ノ乳養ヲ必要ト

シタルニ出タルヤ明ナリ此ノ如ク論決スルトキハ若シ胎兒死シテ分娩スルカ又ハ出産後死去シタルトキハ最早乳養ノ必要ナキヲ以テ直ニ死刑ヲ執行シテ可ナリト思惟スル者アラシ余ハ道理上ハ或者ノ説ノ如ク處分スルノ論理ニ合スルヲ知ル然レトモ分娩ナル文字ハ必スモ生兒ヲ産出スルトキノミヲ指示セサルヘシ然ルニ法律ハ之カ區別ヲ爲サヌ又出産後兒子ノ死去シタル場合ヲ豫見セス汎博ナル規定ヲ爲シタル以上ハ亦此條ニ依テ一百日ノ猶豫ヲ與ヘサルヘカラス

上訴アル
トキハ刑
ノ執行ヲ
停止ス可
キカ

以上第一段ノ大要ヲ説了セリ尙ホ爰ニ注意スヘキ事アリ凡ソ上訴ニハ通常上訴ト非常上訴ノ二アリ而シテ其上訴中控訴又ハ上告アルトキハ刑ノ執行ヲ爲スヲ得サルハ前ニ述ベタルカ如シ其他ノ上訴即チ再審又ハ哀訴ノ上訴アリタル時ハ尙ホ刑ノ執行ヲ停止セサルヲ得サルカ此場合ハ區別シテ論決ヲ爲サハル可カラス先ツ哀訴ニ付テハ控訴上告ト同シク哀訴ニ期限ヲ經過スルカ又ハ哀訴ニ付キ判決アルマデハ刑ノ執行ヲ停止セサル可ラサルコト明カナリ(治罪

(刑 法)

ヲ區別スルノ理アルヲ見サレハナリ故ニ草案者タルボワツナード氏モ亦總テ
ノ未決拘留ヲ以テ體刑ニ換フルノ規定ヲ爲サントシタリ尤モ或體刑ニ付テハ
未決拘留ト稍々異ナルノ點ナキニ非ス即チ徒刑懲役重禁錮ノ如キハ自由ヲ剝
奪スルノ外尙ホ勞役ヲ科ス故ニ氏ハ其間ニ權衡ヲ得セシメンカ爲メニ未決拘
留四日ヲ以テ重禁錮ノ一日ニ相當セシメントシタリ然レトモ我立法者ハ氏ノ
意見ヲ排斥シテ之ヲ採用セス其理由ニ曰ク體刑ト未決拘留トハ大ニ刑罰ノ性
質ヲ異ニス故ニ若シ總テノ未決拘留ヲ以テ體刑ニ換フルヲ得ルト爲サハ犯罪
人ハ省公判ノ判決前ニ係レ言渡ニ對シ濫リニ控訴上告ヲ爲シテ成ルヘク未決
拘留ノ期間ヲ延長スルニ至ルヘシ故ニ今實際上ヨリ看察スルトキハ立法者ノ
主義ハ却テ草案者ノ主義ヨリ至當ナルニ似タリ何トナレハ實際ニ在テハ未決
拘留ト體刑トハ犯人ニ取テ大ニ苦痛ノ大小ヲ異ニスレハナリ
加之ナラス草案者ノ主義ヲ採用スレハ他ニ又不都合ヲ感スルコトアリ即チ若
シ未決拘留ニ入リシ日ヨリ其刑期ヲ起算スレハ刑罰ノ目的ヲ達セサルコトア
リ何トナレハ取調上必ス數月ノ久キヲ要シ稍ク刑ノ宣告ヲ爲セハ直チニ放免

刑名宣告
ノ日ヨリ
起算スル
ハ如何ナ
ル條件ヲ
要スルヤ

セサル可ラサルカ如キ事出來スレハナリ是レ第五十一條ニ於テ單ニ刑名宣告
ノ日迄遡ラシムルモノト爲シタル所以ナリ然レトモ第五十一條ニ依レハ刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算スルニハ三條件ヲ
具備スルヲ要ス
第一條件 被告人未決拘留ニ在ルコトヲ要ス蓋シ未決拘留ニ在ラサルトキハ
自由ヲ剝奪サレサルカ故ニ體刑ニ換フルヲ得サルナリ故ニ保證金ヲ納メテ保
釋セラレ又保證金ヲ納メシテ責付サルヘモ其日數ハ刑期中ニ算入セス而シ
テ保釋及ヒ責付ハ管ニ上訴後ノミニ限ラス上訴前ヨリ上訴後マテ引續キ保釋
責付セラハルモ亦然リトス
第二條件 體刑ノ宣告ナルコトヲ要ス第五十一條ニ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ
トアリ故ニ未タ宣告セサル刑罰ノ期日ヲ算スルヲ得ス是レ法文上ノミナラス
法理ニ於テモ亦然リ何トナレハ受ケサル所ノ刑罰ヲ執行シタリト見做スヲ得
サレハナリ是ヲ以テ未決拘留中ノ被告人始審ニ於テ罰金ノ言渡ヲ受ケ檢察官
控訴ノ未體刑ニ處セラルレハ其刑期ハ始審ノ裁判ノ日ヨリ計算スルヲ得ス

(利法)

被告人モ
檢察官モ
何等ノ上
訴ヲ爲サ
ルトキ
檢査官ノ
ミ上訴セ
ルトキ

百三十六
他ニ一ノ場合アリテ稍疑シキニ似タレトモ尙ホ同一ノ決定ヲ爲サ、ルヲ得ス
始審ノ裁判ハ體刑一月ニ處シタルニ檢事上訴ヲ爲シ二月ノ後更ラニ體刑二月
ニ處シタル場合即チ是ナリ此場合ニハ始審ノ裁判ノ日ヨリ起算スルモ其刑期
ハ一月ニ止マルヘシ
第三條件 被告人其裁判ニ服従スルカ又ハ服従セスシテ上訴シタルトキハ其
上訴ノ正當ナルヲ要ス是レ濫リニ公判ノ言渡ニ對シテ上訴ヲ爲シ徒ラニ未決
拘留ヲ延長スルノ弊ヲ防止センカ爲メナリ
此第三條件ヲ要スルヨリ種々ノ場合ヲ生ズ今左ニ之ヲ列記セン
其一 被告人ハ何等ノ上訴ヲモ爲サス檢察官モ亦之ヲ爲サ、ルトキハ第五十
一條ノ正面ニ當ルヲ以テ刑名宣告ノ日ヨリ其刑期ヲ起算スヘキハ當然ナリ
其二 被告人ハ本案ノ裁判ニ服従スルモ檢察官ヨリ上訴ヲ爲セシトキハ其裁
判ヲ認可セラル、ト否トフ間ハ刑名宣告ノ日ヨリ其刑期ヲ起算セサル可カ
ラス蓋シ被告ニシテ本案ノ裁判ニ服従スル以上ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト
ノ利益ハ檢察官ノ上訴ノ爲メニ之レヲ奪却サル、ノ理ナシ何トナレハ是檢察

被告人上
訴シテ上
訴正當ナ
ルトキ

被告人上
訴シテ敗
訴タル

官ノ過失ニシテ被告人ノ關係セサル所ナレハナリ
其三 被告人上訴ヲ爲レテ原裁判破毀サレタル時モ亦刑名宣告ノ日ヨリ起算
ス何トナレハ最初ノ裁判ニシテ正當ナルトキハ被告人ハ上訴ヲ爲サ、ル可カ
リシニ其上訴ヲ爲スニ至リシハ其裁判不正當ナルニ原因ス然ルニ若シ此場合
ニモ彼ノ裁判確定ノ日ヨリ其刑期ヲ起算スヘキモト爲セハ裁判ノ不正當ナ
ル即チ裁判官ノ過失アリシカ爲メニ被告人ハ永ク縲紲ノ痛苦ヲ受クルカ如キ
不道理ヲ生スルニ至ラン
其四 被告人上訴ヲ爲シテ敗訴シタル場合此時ハ第二條件ヲ虧欠ス故ニ前ノ
刑名宣告ノ日ヨリ起算セスシテ後ノ裁判ヲ宣告シタル日ヨリ起算スルモノト
ス何トナレハ上訴ヲ爲シ爲メニ永ク囹圄ノ裡ニ呻吟スルノ苦痛ヲ來タシタル
ハ全ク自己ノ所爲ヨリ生シタル所ノ結果ナレハナリ即チ原裁判ハ正當ナルカ
故ニ慎ンテ服従スヘキニ執拗ニシテ永ク未決拘留ヲ受ケタルハ自ラ好ンテ其
不幸ナル位置ヲ取リタルナリ自己ノ不注意ナルヨリ斯カル結果ヲ招キタルナ
リ是レ自ラ其過失ノ責任ヲ負ハサル可カラサル所以ナリ

(刑法)

第二條件ヲ要スルノ理由ハ此ノ如シト雖トモ此條件ハ大ニ利害アルヲ免カレ
 ス蓋シ犯人ハ概テ法律家ニ非サルナリ然ラハ則チ上訴ノ旨趣ニシテ正當ナラ
 サルトキハ永キ時間内自由ヲ剝奪セラルヘシトスル時ハ假令裁判ノ不正ナル
 コトヲ信スルモ心中八分ノ危懼ヲ懷キ因テ以テ不法ノ裁判ニ屈服シ權利ヲ保
 護スル爲メニ設ケタル上訴ノ途モ此ニ至リテ杜絶スルニ至ラン草案者カ此決
 定ヲ採用セサリシモ亦此害アルカ爲メナリキ

其五 被告人控訴ヲ爲シテ勝ヲ制シ尙ホ一步ヲ進ンテ上告ヲ爲シタルニ敗訴
 シタリ此場合ハ何レノ時ヨリ刑期ヲ起算スヘキカ或ハ曰ク最終即チ大審院ノ
 裁判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算スヘシト然レトモ控訴ニ於テ勝ヲ制シタルトキニ
 始審裁判ノ宣告ノ日ヨリ起算サルノ權利ヲ得タリ故ニ或人ノ如ク決定セン
 ニハ其權利ヲ拋棄シタリト見做サヘルヲ得ス此ノ如キ推定ハ豈容易ニ之ヲ下
 スヲ得ンヤ加之ナラス佛國ノ多數說ハ則チ余カ採用シタル決定ナリ故ニ第五
 十一條ノ前判後判ハ二個ノミノ裁判ニ付テ言ヘルモノニシテ本問ノ場合ハ始
 審裁判ノ宣告ノ日ヨリ控訴裁判ノ宣告ノ日マテ刑期中ニ算入セサル可ラス

被告人控
 訴ニ勝チ
 上告ニ敗
 レタルト
 キ

被告人控
 訴ニ敗レ
 上告ニ勝
 チタルト
 キ

被告人控
 訴ニ勝チ
 檢察官上
 告ニ敗ス

右ノ反對

被告人控

其六 被告人控訴ヲシテ敗レ更ニ上告ヲ爲シテ勝チタリ此時ニ於テ若シ前判
 後判ノ解釋ニ拘泥スレハ控訴ノ裁判ノ日ヨリ刑期ヲ起算スヘキカ如シト雖ト
 モ其上告ヲ爲スニ至リシハ始審ノ裁判官控訴ノ裁判官共ニ過失アルニ原因ス
 故ニ立法ノ精神上必ス始審ノ裁判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算スヘキヤ明ナリ
 上來述ヘタル所ハ前判後判二個ノ判決アルモ又ハ判決ハ二回以上ナルモ總テ
 被告人カ檢察官カ一方ノミノ上訴アリタル場合ナリ以下ノ數場合ハ一事件ニ
 付テ被告人ト檢察官ト交々上訴ヲ爲ス場合ナリ
 其七 被告人始審ノ裁判ニ服セスシテ控訴ヲ爲シ前裁判ハ破毀サレタリ然ル
 ニ檢察官之ニ服セスシテ上告ヲ爲シタレトモ其上告ハ竟ニ棄却サレタリ此時
 ハ始審ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算スヘキコト勿論ナリ
 其八 檢察官始審ノ裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シテ其裁判破毀サレタルニ被告人
 控訴ノ裁判ニ服セスシテ上告ヲ爲シ而シテ遂ニ勝ヲ制シタリ此場合ハ第五ノ
 場合ト同一ノ決定ヲ爲スヘシ
 其九 被告人始審ノ裁判ヲ不當トシ之ニ對シテ控訴ヲ爲シ原裁判ハ破毀サレ

訴ニ勝チ
檢察官上
告ニ勝ツ

タリ檢察官又控訴ノ裁判ニ對シテ上告ヲ爲シ大審院ニ於テハ其裁判ヲ破毀シ
タリ此時ハ如何ニ處分スヘキカ今或點ヨリ見ルトキハ上告ノ結果遂ニ始審裁
判ヲ是認シタリトスレハ被告人ノ控訴ハ不注意ナリキ故ニ第五十一條第二項
後段ヲ適用シテ控訴ノ裁判ノ宣告アリシ日ヨリ起算スヘキカ如シ然レトモ此
ノ如ク決定スルトキハ甚タ苛酷ニ失スルノ恐アリ何トナレハ被告人ハ控訴ヲ
爲シテ一旦其勝ヲ制シタリ則チ始審ノ裁判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算サルノ
利益ヲ受ク可キ權利ヲ得タリ前裁判ノ當否ヲ論スルヲ要セス然ルニ檢察官ノ
上訴アリタルカ爲メニ之カ利益ヲ奪却サルハ第五十一條第三項ニ反シ法理
ニ反スルモノト云ハサル可ラス然ラハ之ヲ調和スル如何シテ可ナルカ余ノ解
スル處ニ依レハ第五十一條ニ所謂前判後判ハ當ニ二個ノ裁判ヲ觀察シテ前後
ト言ヒタリト信ス是故ニ三個ノ判決アリタル時ト雖トモ尙ホ二個ツノ判決
ヲ對比シテ之ヲ見ルヘレ即チ一方始審ノ裁判ハ前判ニシテ控訴ノ裁判ハ後判
ナルヲ以テ第五十一條第二項ヲ適用シテ前判ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算シ又他
ノ一方ハ控訴ハ前判ニシテ上告ハ後判ナルヲ以テ第五十一條第三項ヲ適用シ

被告人控
訴ニ敗レ
檢察官上
告ニ勝ツ

檢察官控
訴ニ勝チ
被告人上
告ニ敗ル

檢察官ノ
控訴敗レ
被告人ノ
上告立ツ
被告人檢

テ控訴裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス即チ通シテ始審ノ宣告ノ日ヨリ起算ス
ルヲ正當ナリト信スルナリ
其十 被告人始審ノ裁判ニ對シ控訴ヲ爲シテ敗訴シタリ檢察官第二裁判ヲ不
當ナリトシテ上告シ而シテ原裁判ヲ破毀シタリ此場合ニハ余ノ決定ニ從フト
キハ控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ起算セサル可ラス何トナレハ被告人ハ始
審ノ裁判ノ正當ナルニ服セサルノ過失アリ而シテ第二裁判ノ正當ナルト否ト
ハ已レノ關スル所ニ非サレハナリ
其十一 檢察官始審ノ裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シ其裁判ヲ破毀サレタリ被告人
之ヲ不當ナリトシテ上告ヲ爲シタレトモ大審院ニ於テ之ヲ棄却シタリ此時ハ
控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算セサルヘカラス
其十二 檢察官始審ノ裁判ニ服セスシテ控訴ヲ爲シ控訴院ニ於テ原裁判ヲ是
認シタリ被告人ハ控訴ノ裁判ヲ不當ナリトシテ上告シタルニ大審院ニ於テ之
ヲ破毀シタリ此時モ亦控訴ノ裁判ノ刑名宣告ノ日ヨリ之ヲ起算ス
其十三 被告人第一裁判ヲ不當ナリトシテ控訴ヲ爲シタルニ控訴院ニテ敗訴

檢察官ニ
告訴上告
ニ敗ル

全

上訴ヲ願
下スルハ
キハ如何

百四十二
檢察官告訴ノ裁判ニ對シテ上告ヲ爲シ大審院ニ於テ亦原裁判ヲ是認シタル
トキモ亦同シ

其十四 檢察官始審ノ裁判ヲ誤判ナリトシテ告訴ヲ爲シテ敗訴シタリ被告人又
告訴ノ裁判ニ服セスシテ上告ヲ爲シ尙ホ敗訴シタリ此時モ亦告訴ノ裁判ノ刑
名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス

以上十四個ノ場合ヲ舉示シタリ是レ元大要ナレハ此他種々ノ場合ヲ生スヘシ
ト雖トモ此數例ニ照準シテ類推セハ甚キ困難ヲ見サルナラン

尙ホ一ノ注意ヲ爲サン若レ一旦上訴ヲ爲シ未タ其判決アラサル時ニ當リ之カ
願下ヲ爲サハ何ノ日ヨリ刑期ヲ起算スヘキカ此事ハ佛國ニ於テ議論アリト雖
我國ニ於テハ上訴ヲ受理セシ裁判所ニ於テ被告人ノ棄權ヲ聞届タル命令ヲ
下付セシ日ヨリ起算セサル可ラサルヤ論ヲ埃タス何トナレハ其上訴ノ正否曲
直ハ本案ニ就テ裁判セサル以上ハ之ヲ知ルコトヲ得ス隨テ一概ニ被告人ノ利
益ニ決定スルヲ得ス且ヤ被告人カ永ク未決拘留ニ在ルハ自己ノ所爲ニ因ルモ
ノナリ自己ノ所爲ニ因ルトスレハ第五十一條ノ精神ヨリシテ未決拘留ヲ以テ本

體刑ハ何
ナル場所
所ナレハ
ニテ執行
スルヤ
其一死刑

刑ニ換ユルヲ得ス是レ棄權聞届ノ命令ヲ下付セシ日ヨリ起算スヘキ所以ナリ
第三 體刑ハ如何ナル場所如何ナル方法ニテ之ヲ執行スルカ 此一段ニ付テ
ハ死刑ト他ノ體刑トヲ區別シテ説明スルヲ可トス

其一死刑 先ツ死刑ニ付テハ裁判宣告ノ場所ニテ執行スヘキカ將タ其他ノ場
所ニテ執行スヘキカトノ問題起ルヘシ蓋シ佛國ニ於テハ犯罪ノ地ニテ此刑ヲ
執行スレハナリ我刑法第十二條ニ曰ク「死刑ハ絞首ス但規則ニ定ムル所ノ官吏
監檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ」此條ニ所謂獄内トハ如何ナル場所ナルカ即チ被
告人カ拘留サレタル場所ナリ然ラハ通常其獄内ハ被告人カ裁判宣告ヲ受ケタ
ル處ナリト云ハサル可ラス

次ニ死刑ハ公開ノ場所ニテ之ヲ執行スヘキヤ否ヤ我國ハ秘密執行ノ主義ヲ採
用セリ是獄内ノ文字ニ依リテ明カナリ立法上ニテハ公開シテ執行スヘキヤ否
ヤ大ニ議論アリキ公開スヘシト云フ者ノ說ニ曰ク凡ツ刑罰ハ公衆ヲシテ斯ノ
如ク懼ル可ク斯ノ如ク苦痛ナルコトヲ知ラシメテ之ニ警醒シ以テ例示ト爲ス
コトヲ主眼トスルニ在レハナリ然レトモ此說ハ今日殆ント全ク排斥セラレタ

リ何トナレハ人常ニ酸鼻ノ景狀ヲ目撃スルトキハ竟ニ其慘狀ニ憤レテ毫モ之ヲ恐怖セサルノミナラス却テ暗ニ之カ爲メニ慘刻ナル所爲ヲ獎勵スルノ惡結果ヲ醸スニ至ラン故ニ面前ニ若痛ノ狀態ヲ見セシメスシテ無形ナル死刑ノ文字ヲ聞知セシムルノ例示トナルニ如カサルナリ

今日死刑ヲ執行スルノ方法ハ絞首ノ一方ナリトス昔時ハ梟首磔殺釜煎等ノ酷刑アリテ罪惡ノ輕重及ヒ士民ノ階級ニ因リテ之ヲ異ニシタリ例ヘハ武士ノ死刑ハ一般ニ切腹ヲ申付タルカ如シ然レトモ同等ノ人間ナルニ此ノ如ク刑罰ニ階級ヲ設クルハ決シテ其正シキヲ得タルモノニ非ス又罪惡ノ甚タ憎ムヘキト否トニヨリテ死刑執行ノ方法ヲ異ニスルハ或ハ好例示タルヤモ知ルヘカラスト雖トモ凡ソ人間ノ最モ怖ル所人間ノ最モ忌ム所死ヨリ甚シキモノナシ故ニ其死刑ヲ恐怖セサル者ハ他如何ナル酷刑ト雖トモ避クルコトヲ爲サハル可クレハ少シモ例示トナスニ足ラサルノミナラス其生命ヲ奪フカ上ニ尙ホ種々ノ痛苦ヲ與フルハ慘酷ニ失スルノ嫌アリ是ヲ以テ今日ハ單ニ生命ヲ絶ツヲ以テ死刑ノ限度トナセリ

死刑ニ處セラレタル者ノ遺骸モ亦昔時ハ之ヲ山野ニ棄却シテ猛獸ノ餌食ト爲シタルコトアリシカ今日ハ遺骸ヲ虐待スルハ復讐ノ所爲ニシテ刑罰ノ正理ニ反スルモノトナシ官ニ於テ之ヲ埋葬スルコトナレリ否管ニ官ニ於テ之ヲ埋葬スルノミナラス若シ親屬故舊ニシテ請フ者アレハ之ヲ下付シテ埋葬セシム佛國ニ於テハ此點ニ就キ大ニ議論アリシ曰ク刑餘ノ遺骸ヲ親屬等ノ縁アル者ニ下付スルハ猶ホ其者ヲシテ親屬タルノ義務ヲ盡サシムルニ異ナラス夫レ死刑ニ處セラレタル者ハ既ニ社會ノ外ニ驅除セラレタル者ニ非スヤ故ニ社會ニ親屬アルコトナシ然ルニ其遺骸ヲ親屬等ニ下付スルハ是レ一方ニ於テハ社會ノ外ニ驅除シ一方ニ於テハ尙ホ此社會ノ内ニ止マルコトヲ許スト何ヲ擇ハン況ンヤ犯罪人トシテ之ヲ罰シナカラ之ヲ葬ムルコトヲ許スハ是レ一許一禁其宜キヲ得サルノ嫌アルニ於テヲヤト然レトモ今日ハ日佛共ニ其遺骸ヲ親屬ニ下付スルコトニ規定シタリ蓋シ論者ハ第一ニ親屬等ヲシテ其義務ヲ盡サシムルハ非ナリト云フト雖トモ是レ甚タ偏ニ過キタル言ト云ハサルヲ得ス何トナレハ縱令ヒ犯罪ヲ爲スモ其父母若クハ子孫タル者ハ親子ノ感情止ム能ハサルヨ

リ遺骸ノ下付ヲ受ケ之ヲ葬ルハ自然ノ情性ニシテ決シテ之ヲ禁ス可ラサルナ
 リ第二假令ヒ之ヲ葬ラシムルモ式ヲ用非シメサレハ不可ナルコトナシ夫レ刑
 餘ノ死體ハ業々シク華麗ナル儀式ヲ用非テ之ヲ葬リ或ハ稱賛ノ銘ヲ其墓碑ニ
 刻シ或ハ其墓前ニ立テ其者生前ノ功績ヲ演說スルカ如キハ刑罰ノ効驗ヲ薄弱
 ナラシムルニ至ルヲ以テ是等ノ事ヲ禁制ス可キハ勿論ナリト雖トモ私カニ其
 遺骸ヲ埋葬シ僧侶ヲ聘シテ看經セシムルモ決シテ刑罰ノ威嚴ヲ損スルコトナ
 ク亦之ヲ咎ムヘキニアラサルナリ

第二徒刑 此刑ハ犯罪人ヲ島地ニ發遣シテ之ヲ執行ス然レトモ一ノ例外アリ
 即チ婦女ノ徒刑ニ處セラレタル場合はレナリ此時ハ内地ニ於テ定役ニ服セシ
 ム蓋シ此刑ニ處セラレタル者ヲ内地ニ置カスシテ島地ニ發遣スル所以ノモノ
 ハ若シ斯カル兇惡ノ徒ヲ内地ニ止ムレハ或ハ治安ヲ妨害シ或ハ脱獄ノ恐アル
 ニ因ル然ルニ婦女ハ男子ニ比シテ幾分カ兇惡ノ度薄ク感情ノ動銳シ又逃走等
 ノ恐レモ甚タ稀レナリ且ハ弱者ヲ惠ムノ精神ニ出テ、此例外ヲ設ケタルモノ
 ナラン

第三流刑 此刑モ亦徒刑ト同シク島地ニ於テ之ヲ執行シ而シテ此刑ニ徒刑ノ
 如ク例外ヲ置カサルハ凡ソ此刑ニ觸ルヘキ犯罪ヲ行フタル者ハ婦女ト雖トモ
 其體力強銳ニシテ大概男子ニタモ劣ラサルト定役ニ服セシメサルトニ因リシ
 ナル可シ

第四懲役禁獄禁錮拘留 此等ノ刑ハ何レモ内地ニ於テ執行ス而シテ其輕重ニ
 因リ或ハ集治監或ハ各府縣ノ監獄或ハ警察署ノ拘留場ニ於テ執行ス次ニ其執
 行方法ハ其刑ノ性質ニ依リ服役セシムルモノト否ラサルモノトノ別アリ

次ニ有期ノ體刑ヲ執行スルニハ其期限ヲ定ムル方法ヲ一定スルヲ要ス第四十
 九條ハ之ヲ規定シテ曰ク「刑期ヲ計算スルニ一日ト稱スルハ二十四時ヲ以テシ
 一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ一年ト稱スルハ曆ニ從フ受刑ノ初日ハ時間ヲ
 論セス一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セスト故ニ日トハ日出ヨリ日没マ
 テヲ以テ一日トスルニアラス一月モ亦月ノ大小ニ因リテ之カ差異ヲ設ケス一
 括シテ三十日トナス而シテ年ニ至リテハ曆ニ從フトアルカ故ニ平年ト閏年ト
 ニヨリ三百六十五日ト三百六十六日トノ差アリ其月日ハ曆ニ從ハスシテ年ノ

ミ曆ニ從フト爲シタルハ何ノ故ナルカ是レ全ク曆ニ從フト曆ニ從ハスシテ之ヲ一定スルトニヨリテ生スル所ノ差異ノ大小ニ由テ之カ規定ヲ異ニシタルナリ夫レ月ニハ二十八日ノ月アリ三十日ノ月アリ又三十一日ノ月アリ左レハ同シク一箇月ニ處セラレタル者ト雖トモ或ハ三十一分ノ一ヲ損スルモノアリ又ハ三十一分ノ二ヲ益スル者アルカ如キ不平等ヲ生スルニ至ラン然ラハ三十一日ノ月ナルトキハ裁判官ニ於テ一々一日ツ、減少スヘシトセンカ此ノ如クハ繁雜ニ堪ヘサルヘシ故ニ之ヲ平均シテ其中ヲ取り則チ三十日ト一定シタルナリ之ニ反シテ年ハ假令差アリトスルモ其差ハ僅々三百六十六分ノ一ニ過キサルヲ以テ甚シキ損得ヲ感セサルヘシ

今茲ニ一言スヘキ事アリ本條第一項ニ一日ハ二十四時間ト定メタリ故ニ精確ニ之ヲ言フトキハ今日ノ正午十二時ニ體刑一日ノ執行ヲ始メラレタル者ハ明日ノ正午十二時ヲ以テ一日トシ放免セラレヘシ然レトモ此ノ如キハ其繁雜云フヘカラサルヲ以テ第四十九條第二項ニ於テ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セスシテ之ヲ一日ニ計算シ之ト差引スルカ爲メニ放免ノ日ハ刑期ニ算入セスト爲シタ

リ是レ多少ノ差アルヘシト雖トモ一日ハ二十四時ヲ以テスト云フノ精神ニ庶幾ラン

第五十二條ノ規定ハ容易ニ了解シ得ルヲ以テ余ハ只朗讀スルニ止メン曰ク刑期限内逃走シ再ヒ捕ニ就キタル者ハ其逃走ノ日數ヲ際キ前後受刑ノ日ヲ計算ス

ト第四段體刑ノ執行ハ如何ナル官吏カ之ヲ管轄スルカ裁判官ハ犯罪人ニ對シテ刑ノ言渡ヲ爲セハ業ニ已ニ自己ノ職掌ヲ盡シタルモノナリ故ニ其言渡シタル刑ノ執行ニ關涉スヘキニアラス然ラハ則チ何人カ之ヲ管轄スルヤ曰ク此官吏ニ二種アリ第一ハ檢察官ニシテ第二ハ行政官ナリ佛國ニ於テハ初メハ全ク刑ノ執行ヲ檢察官ニ一任シタリ是故ニ監獄官吏ハ勿論罪人ノ監督ニ至ルマデ一切檢察官之ヲ掌リタリ然ルニ檢察官ハ元來司法部内ノ人ナリ司法部内ノ人ヲシテ刑ノ執行ニ關スル一切ノ事ヲ管轄セシムルトキハ司法權ト行政權トノ混淆ヲ來スノ恐アルヲ以テ後ニ至リテハ監獄官吏及ヒ監督官ハ悉ク之ヲ行政官ニ屬任スルコトハ爲シタリ然レトモ其事柄ノ如何ヲ問ハス悉ク行政官ニ委

任スルコトヲ得ス何トナレハ檢察官ハ刑事ノ原告官ナルカ故ニ己レカ訴ヲ起シテ下サシメタル判決ノ執行ヲ請求シ又之ヲ命令スルノ權ヲ有スルハ當然ナレハナリ唯タ刑ヲ執行スルノ方法及ヒ其執行ヲ監督スルノ方法ノミ行政官ヲシテ之ヲ司ラシム

尙ホ一言スヘキモノアリ監獄官吏ト犯罪人トノ間ニ爭論生シタルトキハ之ヲ判決スル者ハ何人ナルカヲ定メサル可ラス例ヘハ監獄官吏ハ重禁錮ナリト云ヒ罪人ハ輕禁錮ナリト云フカ如シ此ノ如キ時ニ其爭ヲ裁判スル者ハ何人ナルカ曰ク檢察官ナリ蓋シ檢察官ハ其爭アル所ノ刑ノ執行ヲ命令シタル人ナリ故ニ其人ニ向テ之カ判決ヲ請求スルハ勿論ナリ然レトモ實際此ノ如ノ爭論ヲ生スルコト甚タ希有ナラン何トナレハ裁判宣告書ニ其刑名ヲ記載スレハナリ又例ヘハ重禁錮ニ處セラレタル犯罪人ニ對シ監獄官吏ハ石ヲ背負ナカラ米ヲ春ク可シト命令シ犯罪人ハ定役ニ服スルノ義務アルモ石ヲ背負ヒナカラ勞役スルノ義務ナシト拒ムカ如キコトアラン此ノ如キ時ハ如何ナル官吏カ之ヲ裁判スヘキヤ此點ニ付キ日佛刑法共ニ之ヲ規定スル法條ナキヲ以テ議論二派ニ分

ルヘシ

第一說ニ曰ク此爭論ヲ決定スル者ハ前ニ刑ヲ宣告シタル刑事裁判所ナリ何トナレハ本案爭論ノ起因ハ全ク裁判ノ解釋ニ在リ故ニ行政上ノ法律ニ付テ爭論ヲ生シタルトキハ主務官ニ於テ之ヲ解釋スルト同シク此場合モ亦刑名ノ宣告ヲ爲シタル裁判所ニ於テ之ヲ判決スルハ當然ナリト

第二說ニ曰ク此爭論ヲ判決スルモノハ其地ノ民事裁判所ナリ何トナレハ論者ハ本案ノ爭論ヲ目シテ裁判上ノ解釋ニ屬スト云フト雖トモ元ト裁判ハ決シテ刑ノ執行方法マテヲ命令スルモノニアラス其方法ハ行政官ノ定ムル所ニシテ裁判官ノ關セサル所ナリ果シテ然ラハ前ニ判決ヲ下シタル刑事裁判所ハ刑ノ執行ニ關スル勞役ノ點ニ付判決ヲ與フノ權ナシト云ハサルヘカラス蓋シ本案事件ノ爭點ハ何レニ存スルカヲ見ルニ即チ犯罪人ノ主張スル所ハ義務以外ノ強制ナリト云フニ在リ然ルニ一個人ノ權利義務ニ關スル事件ハ民事裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス可キコト論ヲ待タスト

日本ニ在リテハ未ダ斯ノ如キ爭論ノ生シタルコトナク又此點ニ付テ何等ノ規

定ナキヲ以テ右二說中何レノ說ヲ採用スルヤ之ヲ知ル可カラス諸君試ニ其一ヲ選擇セラレヨ

二 金錢上ノ刑罰ノ執行罰金及科料

罰金及ヒ科料ノ刑ハ如何ナル時ニ之ヲ執行スルカ單純ナル理論上ヨリ之ヲ云フトキハ裁判確定シタル日ニ之ヲ執行スヘシ然レトモ我刑法ハ嚴重ニ此理論ヲ適用セスシテ裁判確定ノ後一ヶ月内科料ハ十日内ニ上納スレハ可ナリト爲シタリ

此期限内ニ裁判ヲ執行スルヲ得ルトキハ何等ノ支障ヲ生スルコトナシト雖トモ一ヶ月内ニ上納セサル者往々ニシテ之有リ此ノ如キ時ハ公力ヲ以テ犯罪人ノ財産ヲ公賣ニ付シテ之ヲ上納セシム其代金ヲ以テ上納スルモ尙ホ不足アルトキハ其不足ノ金額ヲ輕禁錮ニ換フ是罰金科料ノ執行方法ナリ蓋シ罰金ヲ輕禁錮ニ換フル所以ノ理ハ若シ如何ナル方法ヲ以テスルモ罰金ヲ全納セシムルヲ得サル者ニ其未納ノ部分ヲ免除スレハ大ニ刑罰ノ効驗ヲ薄弱ナラシムルニ至レハナリ彼ノ體刑ノ如キハ裁判確定スレハ直チニ之ヲ執行ス若シ之ヲ執行

セス唯宣告ノミニ止ムレハ刑罰ノ目的ハ得テ達ス可ラサルナリ罰金モ一ノ刑罰ナリ之ヲ全納スル能ハサル者ニシテ其不足部分ヲ納ムルヲ免レシムルトキハ竟ニ其目的ヲ達スルヲ得サルヤ明カナリ

日本ニ於テ罰金ニ換フル所ノ輕禁錮ハ罰金ノ執行方法ニ止マルコト毫モ疑ヲ容レス佛國ニ於テハ罰金未納者ヲ處分スルニ身體拘留ヲ以スルノ法アリ此處分法ハ罰金ヲ上納セシムル爲メニ用ユル催促ノ方法ナルカ將テ一ノ刑罰トシテ之ヲ科スルモノナルヤ稍ヤ疑ナシトセス日本ニ於テハ決シテ此等ノ疑ヲ生スルノ理ナシ

然ラハ則其輕禁錮ハ如何ナル所爲ニ對シテ科スル所ノ刑罰ナルカ曰ク罰金ノ言渡ヲ受ケタル所爲ニ科スル所ノ刑罰ナリ草案者ハ佛文草案中ニ此輕禁錮ハ單ニ罰金ノ言渡ヲ受タル所爲ニ對シテ之ヲ科スルノミナラス財産ヲ有スルモ之ヲ隱匿シテ上納ヲ免レントスル不良ノ徒ヲモ懲ラス所ノ刑罰ナリト立法者ノ精神或ハ草案者ノ說ノ如クナルヤモ知ル可ラス然リト雖トモ余ノ考フル所ハ之ニ異ナレリ抑モ或所爲ヲ罰セントセハ法律ニ於テ其禁制スル斯々ノ所爲

ヲ犯ス者ハ何々ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スト明定スルヲ要スルハ刑法上ノ一大原則ナリ然ルニ草案者ノ所謂財産ヲ隱匿シテ之カ上納ヲ免レントスルノ所爲ハ元ト法律ニ於テ一言之ヲ罰ストノ規定ヲ爲サス法律ニ規定セサルノ所爲曷ゾ之ヲ罰スルヲ得ル最モ財産ヲ隱匿シテ上納ヲ免レントスルノ所爲ニシテ第三百八十八條及ヒ第三百八十九條ノ規定スル場合ニ適合スルトキハ之ヲ罰スヘキヤ勿論ナリ苟クモ然ラサル以上ハ決シテ之ヲ罰ス可カラス但實際ニ就テ觀察スレハ故ラニ罰金ヲ上納セサルトキハ則チ輕禁錮ニ換ヘラルハヲ以テ其結果幾分カ此ノ如キ不良ノ所爲ヲ懲戒スルニ足ルヘシ若シ此輕禁錮ハ罰金ノ執行方法ノミナラス又故意未納ニ對スル刑罰ナリト決定スレハ無資力ナル受刑者ニ對シテハ遂ニ罰金ヲ輕禁錮ニ換ユルヲ得サルノ不都合ヲ來サン左レハ財産ヲ隱匿スル所爲ニ科スル刑罰ニアラサルヤ言ヲ俟タズ

上來説明スルカ如ク罰金ニ換フル輕禁錮ハ既ニ宣告ヲ受ケタル罰金ノ執行ニシテ更ラニ他ノ一所爲ヲ罰スルニアラス故ニ罰金ヲ輕禁錮ニ換フルニハ敢テ裁判ヲ下スコトヲ要セサルナリ然レトモ之ヲ檢察官ニ一任スルトキハ換刑ノ

必要ナキ場合ト雖トモ數々換刑ヲ爲スノ弊ナキヲ必ス可カラス是ヲ以テ權ヲ裁判官ニ放任セリ

罰金ヲ輕禁錮ニ換フルノ計算法ハ一圓若クハ一圓未満ノ金額ヲ一日ニ改算スルニ在リ蓋シ此ノ如ク規定シタル所以ハ立法者カ日本人ノ一日間勞動ヲ爲シテ得ヘキ賃銀ノ中位ヲ斟酌シタルニ由ルノミ然レトモ罰金ヲ體刑ニ換フルハ稍ヤ其宜キヲ得ス假令巨額ノ金錢ト雖トモ之ニ換フルニ一日ノ體刑ヲ以テスル尙ホ且慊シトセス然ルニ千圓ノ罰金ヲ言渡サレタル者ニシテ之ヲ上納シ得サル時ハ殆ント三年ニ垂ナントスル輕禁錮ニ換ユルカ如キハ益々彼此ノ權衡宜キヲ失スルノ弊害ヲ見ル是レ第二十七條カ之ヲ制限シテ二年ヨリ起過スルヲ得スト爲シタル所以ナリ

罰金ヲ輕禁錮ニ換フルハ刑罰ノ目的ヲ達スルカ爲メ萬止ムヲ得サルニ出ツル處分ニシテ例外ナリ是故ニ假令一旦體刑ニ換ラレタリト雖トモ其禁錮限内ニ罪金ヲ上納スルトキハ再ヒ原則ニ立戻リテ己ニ經過シタル日數ヲ一圓ニ折算シ之ヲ控除シ以テ禁錮ヲ免ス而シテ其罰金ヲ上納スルハ必スシモ犯罪人自ラ

下、
は、
不、
也、

上納スルヲ要セス其親屬等代リテ之ヲ上納シタル時モ亦同一ナリトス人或ハ
曰ハン親屬等代テ罰金ヲ納ムル時ハ犯罪人ハ少シモ痛痒ヲ感セス故ニ其犯罪
人ニ關シテハ刑罰ノ目的ヲ達スルコト能ハサルベシト然レトモ是レ此點ハ罰
金固有ノ弊害ナリ例之今余罰金百圓ノ宣告ヲ受ケタルニ自ラ之ヲ納メズ余ノ
親屬故舊余ニ代リテ之ヲ納メタリトセン此場合ニ法律ハ何ノ理由アリテ余カ
他人ヨリ金錢ヲ受ケテ之ヲ利用スルノ權利ヲ妨遏スルカ
今單純ナル道理上ヨリ論スルトキハ罰金ヲ輕禁錮ニ換フルハ甚々不正ナリト
云ハサルヘカラス何トナレハ如何ニ巨額ノ金員ト雖トモ漫リニ之ヲ以テ身體
ノ自由ト同一視スルキニ非サレハナリ加之ナラス之ヲ一國ノ財政上ヨリ論ス
ルモ尙ホ不可ナルコトナシ何トナレハ國家ハ得ヘキ金ヲ得テ却テ幾許ノ費用
ヲ要シ犯罪人モ亦空ク時日ヲ費セバナリ然ラハ則チ如何スレハ可ナルカ曰ク
受刑者ニシテ無實力ナルトキハ其著ヲシテ勞役セシメ其勞役ノ賃錢ヲ上納セ
シムレハ法理上財政上共ニ不都合ヲ見サルニ至ラン然レトモ亦如此スレハ一
方ニ於テ不公平ヲ生スルヲ免レス僅々一圓ノ罰金ト雖トモ土方等ハ十日ノ日

附
加
刑

數ヲ費サタル可ラスト雖トモ他ノ職工等ニ在テハ數時ニシテ之ヲ辨スル者ア
レハナリ然レトモ此弊害ハ罰金ノ刑罰自體ニ存シテ到底之ヲ除却スルヲ得サ
ルモノナレハ若シ此弊ヲ顧慮スレハ寧ロ罰金ノ刑ヲ廢スルヨリ他ニ良法ナカ
ル可シ故ニ此刑罰ヲ設クル以上ハ此方法ヲ措テ他ニ良法アルヲ見サルナリ
科料ノ執行ハ略ホ罰金ト同一ナリ只金額ニ多寡ノ差異アルヲ以テ之ヲ完納ス
ルノ期限異ナリ即チ罰金ハ一月ニシテ科料ハ十日ナリ且其換刑ハ拘留ニシテ
禁錮ニアラス

第二節 附加刑ノ執行

附加刑ノ執行ニ就テハ其本質ヲ説キタル際述ヘシ所ニ依リテ明瞭ナルベシ故
ニ今復タ故ラニ此標題ヲ掲ケテ爰ニ之ヲ講説スルニ及ハサルヘシ但尙ホ未タ
一言セサル所ノモノアレハ之ヲ畧述セン是レ他ナシ附加刑ノ中ニハ宣告ナク
シテ執行スルヲ得ルモノト宣告ナケレハ執行スルヲ得サルモノトノ二種アリ
蓋シ此差異ヲ生スル所以ハ法律ニ於テ必ス常ニ附加刑ヲ主刑ニ附着セシムル

(刑法)

ト否ト又其期限方法等常ニ同一ナルト時ニ變更スルトニ由ルナリ例之ハ公權剝奪ノ如キ必ス重罪ノ刑ニ附着シテ其期限ハ終身ナリ又停止公權ハ輕罪ノ刑ニ附着シテ主刑ノ繼續中公權ヲ行フコトヲ停止シ又禁治產ハ主刑ノ刑期間自ラ財產ノ治ムルコトヲ禁止ス其他重罪ニ在リテハ主刑ハ三分ノ一ニ相當スル期限間監視ニ附スルカ如シ此等ハ主刑ノ宣告アレハ當然其附加刑アリ其期限主刑ニ依リテ一定スルカ故ニ特ニ之ヲ宣告スルノ必要ナシ之ニ反シテ此他ノ附加刑ニ至リテハ裁判官ヲシテ期限物件等ヲ一定セシムルカ故ニ必ス一々之ヲ宣告セサル可ラス故ニ罰金第四十二條沒收第四十三條及ヒ第四十四條ノ如キハ殊更ニ之ヲ宣告セサレハ徵納セシムルコトヲ得ス且其刑罰ノ執行ニ及ビ其他ノ詳細ハ第三十一條乃至第四十四條ノ規定ヲ通讀スレハ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシ

第五章 刑罰ノ消滅

滅刑罰ノ消

既ニ説タルカ如ク刑罰ノ目的ハ社會保存ノ必要ヲ達スルニ在リ是故ニ刑罰ノ

力ヲ藉ラスシテ克ク社會ノ秩序ヲ保チ社會ノ存在ヲ維持スルヲ得ルトキハ最早刑罰ノ必要ヲ失ヒ其刑罰ハ無用ニ屬スルモノナリ今刑法ノ禁制ヲ破リタル者ニ對シテ現ニ刑ヲ言渡シタル後ト雖トモ其刑罰ヲ執行スルモ又之ヲ執行セサルモ社會ノ保存上何等ノ差異ヲ感セサルコトナシトヒス然レモ社會ノ秩序ヲ保存シテ却テ社會ノ秩序ヲ擾亂スルコト或ハ之ノ序ヲ保存センカ爲メニスル刑罰ニシテ却テ社會ノ秩序ヲ擾亂スルコト或ハ之レアラシ蓋シ例ヘハ政府ノ主義ニ反對スル所ノ一黨派カ其主義ヲ貫徹センカ爲メニ兵亂ヲ醸シタルニ當リ其犯罪人ヲ捕獲シテ嚴重ニ之ヲ罰スルトキハ他ノ同類ノ徒ハ益々激昂シテ遂ニ社會ノ動搖ヲ生スルノ恐アリトセン此ノ如キ時社會ヲ保存センニハ之カ刑罰ヲ使用セサルノ勝レルモ亦知ルヘカラス又時トシテ刑罰ヲ加フルカ爲メニ却テ社會公衆ヲシテ新タニ畏懼心ヲ懷カシムルコトアリ例ヘハ今ヨリ三十年若クハ四十年前ニ或罪ヲ犯シタル者ヲ捕縛シテ突然其者ヲ罰スルトキハ世人初メテ其者ヲ畏怖シ又ハ其者ノ憎ムヘキヲ忘レ却テ峻刑酷罰ナリト思惟シテ人心大ニ騷擾スルニ至ルコトアラシ此ノ如キ

大赦

第一項 大赦

時モ亦寧ロ刑罰ヲ加ヘサルノ穩當ナルヤ知ル可ラス其他尙種々ナル狀況ニ因リテ刑罰ヲ使用スレハ却テ社會ノ秩序ヲ破リ之ヲ用ヒサルモ敢テ社會ノ安寧ヲ害セサル場合往々トシテ之有ラン是レ刑罰ヲ消滅セシムル所以ナリ然ラハ則チ刑罰ノ消滅ハ未タ刑ヲ執行シ了ハラサル以前ニ在リト云ハサル可ラス刑罰ノ消滅ヲ分テ四項ト爲ス曰ク大赦曰ク特赦曰ク復權曰ク期滿免除是レナリ之ニ附從トシテ刑ノ消滅ニアラサル刑ノ執行停止ノコトヲ一言セシム

大赦ニ付テハ我刑法中特別ニ之ヲ規定スル箇條ナシト雖トモ或法條中ニ大赦ノ文字ヲ用ヒタルヲ見ル而シテ其條ニ就テ考察スレハ立法者ハ大赦ヲ以テ刑罰否犯罪ヲ消滅セシムルヲ方法ト爲シタルヤ毫モ疑フ存セサルナリ

大赦トハ何ツヤ曰ク犯罪ノ搜查審判ヲ止メ且之カ記憶ヲ抹殺スルカ爲メ用フル政治上ノ處分ヲ云フ若シ此定義ニシテ真ナラシメハ當然左ノ結果ヲ生ス

第一大赦ハ常事犯罪ニ適用スルヲ得ス之ヲ用ユルハ單ニ國事犯罪ニ限ルヘシ何ト

ナレハ是レ政治上ノ處分ナレハナリ我刑法ニ於テハ固ヨリ政事上ノ處分トシテ大赦ヲ用ユトノ明文ナシ然レトモ他國ノ刑法ニ就テ之ヲ見ルニ政事上ノ犯罪ニアラサレハ之ヲ適用セス然ラハ即チ我刑法モ亦此ノ如シト決定シテ敢テ大誤ナカルヘシ加之ナラス大赦ハ政事上ノ犯罪ニ非サレハ之ヲ用フルノ必要ヲ見ス何トナレハ通常ノ犯罪ニ就テハ殆ント大赦ヲ要スルノ場合ナケレハナリ今一例ヲ舉示シテ之ヲ證セン被ノ竊盜犯ノ如キ萬一之ヲ罪トシ論スルニ及ハストスレハ其規定ヲ改正スヘシ豈ニ一方ニハ其所爲ヲ罰スヘキモノトシテ法律ニ明文ヲ掲ケ一方ニ總テ之カ搜查審判ヲ止メ犯罪ノ記憶ヲ煙散スルノ理由アラシヤ之ニ反シテ内亂ニ關スル罪ニ至テハ總論ニ於テ述タルカ如ク大ニ犯罪ノ搜查ト審判ヲ止メ記憶ヲ抹却スルノ理由アリ此ノ如キ時ト雖トモ法律ヨリ國事犯罪ノ規定ヲ除去スルヲ得ス故ニ從來ノ如ク法律ニ於テハ這般ノ所爲ハ犯罪ナリトナシ一時假リニ犯罪ニアラスト見做シテ之ヲ不問ニ付スヘキナリ然ラハ即チ大赦ハ其性質上ヨリ云フモ又道理上ヨリ考フルモ國事犯罪ニ非サレハ之ヲ適用スルヲ得スト斷定セサル可ラス

第二大赦ハ犯罪ニ對スル處分ニシテ個人ニ對スル處分ニ非ス即チ對罪ノ處分ニシテ對人ノ處分ニ非サルナリ故ニ大赦ハ或所爲ニ對シテ其所爲ハ罪ニ非ストスルニ在リテ或人ニ對シ其人ハ犯罪人ニ非ストスルニ非サルナリ是レ定義中犯罪云々トアル所以ナリ

第三大赦ノ處分ヲ行フ人ハ裁判宣告ノ前後ヲ問フヲ要セサルナリ何トナレハ大赦ハ單ニ犯罪ノ記憶ヲ消滅スルニ止ラスレテ犯罪ノ搜查ヲモ杜絶スルニアレハナリ然レトモ裁判宣告ヲ爲スノ以前大赦ヲ爲シテ犯罪ノ搜查ヲ杜絶スルハ刑罰ヲ消滅セシムルニアラスシテ公訴權ヲ消滅セシムルナリ然ルニ余カ大赦ヲ爰ニ掲擧シタルハ最終ノ結果ニ着目シタルノミ之ヲ切言スレハ大赦ハ犯罪ノ消滅原因ナリ

大赦ノ性質ハ大要上來述タルカ如シ今爰ニ一言スヘキモノアリ即チ大赦ハ條件ヲ付シテ之ヲ行フヲ得ルヤ否ヤノ一事是レナリ例ヘハ大赦ヲ受ケタル國事犯人ハ總テ犯罪人ト見做サス然レトモ日本ノ土地ヲ退去スヘシト云フカ如シ此ノ如キ條件ヲ付シテ大赦ヲ行フコトヲ得ルカ余ハ積極ニ之ヲ決定セントス

今日本ノ土地ヲ退去スヘシト云ハ、一方ニ於テハ犯罪ノ記憶ヲ消滅セシムルモ一方ニ於テハ尙ホ犯罪ノ記憶ヲ存スルカ如キ感想アリ然レトモ元ト大赦アリト雖トモ實際犯罪ノ跡ヲ滅スルヲ得スシテ單ニ法律上ノ假定ニ過キス故ニ斯ノ如キ條件ヲ付スルモ何等ノ障礙ナシト信ス

然レトモ此決定ニ付キ一ノ注意ヲ要ス其條件ハ決シテ刑罰様ノ性質ヲ帶有スルヲ得ス故ニ國事犯トシテ其犯人ニ主刑ヲ科セスト雖トモ單ニ監視ニ付スト云フヲ得ス何トナレハ假令附加刑ナリト雖トモ或刑罰ヲ科スル以上ハ其所爲ヲ目シテ罪ニアラスト云フヲ得サレハナリ

尙ホ又佛國ニ於テハ大赦ニ付テ起リタル一ノ問題アリ即チ大赦ヲ受クヘキ人ハ之ヲ拒絕スルヲ得ルカ賛成者少數ナリト雖トモ之ヲ拒絕スルヲ得ト云フ者アリ曰ク大赦ハ假定上罪ナシトスルモ其實犯罪タルニ相違ナシ大赦ニ依テ全ク罪ナシト見做サルモ尙ホ幾何カ犯罪ノ跡アルヲ免カレサルカ如シ何トナレハ法律上犯罪トナルヘキ所爲ナキニ大赦ヲ下サルノ道理ナケレハナリ是レヲ以テ國事犯ノ嫌疑アリテ公訴已ニ起リ尋テ豫審ノ審理ヲ受クルニ際シ其

大赦ノ効

冤ヲ洗雪セントスルニ當リ一朝大赦アリテ審判ヲ停止サレタル場合ノ如キハ罪アルモ罪ナシト見做サル即チ犯罪タルヘキ所爲アリタリト汚名ヲ蒙ルニ至ル是等ノ場合ニ於テ大赦ヲ拒絕スルハ最モ至當ナルニアラスヤト然レトモ此說ハ多數人ノ駁撃ヲ受ケタリ曰ク第一ニ大赦ハ公益ニ關スル處分ナリ公益ニ關スル處分ハ一人ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルヲ得サルハ法律ノ原則ニアラスヤ第二若シ大赦ヲ受クヘキ者ニシテ之ヲ拒絕スルヲ得ルトスレハ其者ハ刑罰ヲ受クルノ權利ヲ有スト云フニ至ラン何トナレハ裁判官其罪ヲ罪トシ論セスト云フニ其言ヲ肯セサルハ猶ホ己レノ犯罪ヲ審查シテ刑罰ヲ科セラレンコトヲ要求スルニ異ナラサレハナリ此ノ如キ權利ハ社會ハ之ヲ有シ得ヘキモ一己人ノ有スル所ニ非ス第三若シ大赦ヲ受クヘキ者ニシテ故障ヲ述フレハ之カ利益アリトスレハ或ハ可ナラン然レトモ些少ノ利益アルヲ見ス何トナレハ公訴ノ實行中ニ大赦ヲ爲セハ此者ハ罪アルモ罰セスト云フニ非スシテ只タ罪ノ有無ハ審理セスト云フニ在リ故ニ尙糾訊セヨト請求スルノ利益ナキナリ次ニ大赦ノ効果如何余輩ハ已ニ大赦ノ性質ヲ了解シタレハ其効果ヲ會得スル

甚タ容易ナリ上來説キタル如ク大赦ハ罪トナルヘキ所爲ヲ罪ト見做サハルノ處分ナリ故ニ單ニ刑罰ヲ消滅スルノミナラス犯罪モ亦之ヲ消滅ス第六十四條ニ大赦ニ因テ犯罪ヲ得タル者ハ直ニ復權ヲ得ト規定シタルハ即チ犯罪消滅シタルノ一結果ナリ何トナレハ公權ヲ剝奪シ又ハ公權ヲ停止スルハ犯罪アルカ故ニシテ犯罪ナケレハ是等ノ權利ヲ剝奪シ停止スルコトヲ得サルハ勿論ナレハナリ況ンヤ第九十七條ノ明文アルニ於テオヤハ此結果ニ付テ一二ノ問題ヲ決定セン先ツ數罪俱發ノ場合即チ國事犯ト通常犯ト俱ニ發シタル時國事犯ニシテ大赦ニ遇ヒタリトセハ通常犯ニ如何ナル影響ヲ及スカ曰ク數罪俱ニ發シ一ノ重キ國事犯ノ罪ニ就テ之ヲ罰シタルニ此國事犯ニシテ大赦ヲ受ケタル時ハ更ニ通常犯ヲ罰スルハ當然ナリ何トナレハ大赦ハ對罪ノ處分ニシテ對人ノ處分ニアラサレハナリ此論理ニ因テ推及スルトキハ一ノ重キ通常犯ノ罪ヲ罰シタルニ輕キ國事犯ノ罪大赦ノ大典ニ遇ヒタルトキハ何等ノ手續ヲ要セス引續テ通常犯ノ刑ヲ執行スヘキヤ言ヲ俟スシテ明カナリ大赦ノ効果如何余輩ハ已ニ大赦ノ性質ヲ了解シタレハ其効果ヲ會得スル

次ニ大赦ハ刑法上ノ責任ノミチ消滅スルカ將タ民事上ノ責任ニモ其結果ヲ及スヘキカ治罪法ヲ繕シ時ハ大赦ハ決シテ民事上ノ責任ヲモ消滅セサルコト照々トシテ明カナリ何トナレハ大赦ハ公訴權消滅ノ原因中ニ規定シアルヲ見ルモ之ヲ私訴權消滅ノ原因中ニ列記スルヲ見サレハナリ然レトモ若シ大赦狀ニ此法律ニテ大赦ヲ受ケタル者ニ對シテハ私訴權モ亦之ヲ行フコトヲ得スト記載セハ如何此ノ如キ場合ハ治罪法ノ法力ヲ殺イテ大赦狀ノ宣言有力トナリテ民事上ノ責任ヲモ消滅セサルカ曰ク或點ヨリ見レハ此結果ヲ及サハル可ラサルカ如シ何トナレハ大赦令ニ於テ明ニ此ノ如ク宣言シタルハ必ス故アリテ然ルモノナレハナリ即チ大赦ニ因テ刑事上ノ責任ヲ消滅セシムルモ未ダ充分ナラス尙ホ民事上ノ責任ヲモ烏有ニ歸セサレハ社會ノ安寧ヲ保持スルヲ得サレハナリ然レトモ此決定ハ決シテ宜シキヲ得タルモノニアラス假令大赦令ヲ以テ前ノ法律ノ力ヲ薄弱ナラシムルヲ得ルトスルモ被害者カ己ニ得タル請求權ヲ剝奪スルヲ得サルハ法律ノ原則ナレハナリ今此場合ニ於テ被害者ハ已得權ヲ有スカト云フニ損害賠償ヲ要求スルノ權ハ其損害ヲ受ケタル時ヨリ直ニ生

スルモノナレハ此權ヲ得タルコト言フ俟タス故ニ民事上ノ責任ニマテ大赦ノ効果ヲ及スコトヲ得サルナリ加之公訴ノ目的ト私訴ノ目的トハ相分離シテ密接ノ關係ヲ有セサルナリ(治罪法第八條故ニ大赦カ通常公訴權ニ及ホス所ノ効果ハ私訴權ニ及ホスヲ要セス但シ法律ニ於テ大赦ノ効果ヲ已往ニ溯及スルノ明文ヲ掲ケタルトキハ民事上ノ責任ニモ其効果ヲ及サル可ラス然レトモ日本ニ在リテハ斯ノ如キ規定アラサルヤ明カナリ大赦ハ行政權ノ主領即チ政權ノ管轄ニ屬スルカ將タ立法權ノ管轄ニ屬スルカ今道理上ヨリ見ル時ハ大赦ヲ行フノ權利ハ立法權ニ與フ可キモノハ如何トナレハ大赦ノ性質ハ當ニ裁判ヲ褫スノミニ非スシテ法律ヲモ覆スノ處分ナレハナリ然ルニ一ノ法律ヲ覆スニハ更ニ一ノ法律ヲ發布スルヲ要ス而シテ法律ヲ定ムルハ政權ニ非スシテ立法權ナリ然レトモ他ノ道理上ヨリ考察スルトキハ大赦ヲ行フノ權利ヲ立法權ニ與フルハ甚ダ適當ナリ蓋シ大赦ノ効能ノ一ハ社會ノ保存ヲ希圖センカ爲メニ犯人ノ不平ヲ緩和スルニアリ然シテ犯人ノ不平ヲ緩和スルニハ突然咄嗟ノ間ニ此令ヲ布クニ在ラサレハ著シキ効驗ヲ奏

特赦

第二項 特赦

百六十八
スルヲ得ス果シテ然ラハ此權利ヲ立法權ニ一任スルヲ得サルナリ且又此權利ヲ立法權ニ托スルトキハ立法權ハ代議會ニ於テ沿革ヲ討論セサルヲ得ス是ヲ以テ一般人民新聞紙等ニテ其議論ヲ閱讀シ大赦ヲ行フノ論旨ヲ贊助スル者多人數ナルニ至ルトキハ勢ヒ政府ノ權力ヲ微弱ナラシムルノ弊害ヲ生セン加之大赦ヲ行フノ主義ヲ採取スル者多人數ナル時ハ其間人々相率イテ國事犯ヲ爲スニ至ルヤモ亦知ルヘカラサルナリ故ニ此權ハ執行權ノ首領ニ委任スルヲ可トス何トナレハ執行權ノ首領ハ實ニ政治上ノ責任ヲ負フノミナラス又能ク各政黨ヲ調和スルヲ得レハナリ特ニ立君國ニ於テハ此權天皇陛下ノ御掌中ニ在ルヘキハ勿論ナリ

特赦ハ法律若クハ裁判ト常理トノ牴觸ヲ救治スル所ノ處分ナリ例令ハ現行法律ニ於テハ強盜ヲ死刑ニ處スト規定シアリト假定セン此ノ如キ法律ハ少シク嚴酷ニ過クルヲ以テ後日新法ヲ發シテ前ノ刑罰ヲ改正スルナラン此ノ如キ場

合ニハ特赦ヲ爲スノ必要アリ裁判モ亦然リ或者ヲ強盜ナリト認メテ裁判ヲ下シ其裁判確定シタルニ后日ニ至リテ眞實竊盜ナルコト顯然タルトキハ通常ノ道理上ヨリ見レハ其裁判ハ甚タ不正ナリ故ニ此ノ如キ時モ亦特赦ヲ爲シテ罪人ヲ救治スルノ必要アリ其他裁判ハ正當ナレトモ其罪人ハ受刑ノ後謹慎悔悟シテ正實ナル君子トナル場合ノ如キ又ハ裁判宣告ヲ受ケタル後深ク前非ヲ後悔シ又ハ國家ニ對シ大ナル功勞アリタルカ故ニ之ヲ賞スルヲ要スルカ如キ場合ハ何レモ其服役ヲ緩フシテ之ヲ救治スルノ必要ヲ生スヘシ

以上ノ理由ト引例トニ依レハ特赦ハ對人ノ處分ニシテ對罪ノ處分ニ非ス隨テ特赦ハ必ス裁判后ニ非サレハ之ヲ行フノ必要ナシ又之ヲ行フヲ得ス何トナレハ法律如何ニ嚴ナリト雖トモ未タ罰セラレサルニ特赦ヲ行フノ理ナケレハナリ

特赦ヲ受クヘキ者ハ特赦ヲ拒絕スルヲ得ルカ或ハ說ヲナシテ曰ク假令有罪ノ裁判ヲ取クルト雖トモ其實冤枉ニ陷リタルトキハ尙ホ世上ニ向テ無罪ナリト公言スルノ權利アリ然ルニ一旦特赦ニ遇フトキハ最早無罪ヲ公言スルヲ得サ

ルニ至ル故ニ之ヲ公言セントスルニハ特赦ヲ受ケサルヲ要ス實ニ特赦ハ無罪ナリト公言スルノ權利ヲ剝奪スルノ處分ナリト此說毫モ採ルニ足ラス夫レ裁判ニシテ未タ確定セサル間ハ特赦ナルモノアルコトナシ此問題ノ起ルハ常ニ裁判確定ノ後ニ在リ然ルニ其裁判確定スルニモ關セス尙ホ無罪ナリト公言スルヲ得ルノ道理ハ果シテ何レニ存スルカ一旦有無ノ裁判確定スレハ何人ニ對スルモ有罪ナリ故ニ特赦ヲ拒絕スルノ權利ナク又其利益ナシ

特赦ノ效果モ亦其性質ヲ解得スレハ自然之ヲ知了スルコト容易ナリ特赦ノ大赦ト異ナル所ハ大赦ハ犯罪ヲ消滅スレトモ特赦ハ却テ犯罪アルコトヲ確定ス故ニ特赦ニ因リテ消滅スル所ノモノハ犯罪ニ非スシテ刑罰ナリ左ニ之ヨリ當然生スル所ノ結果ヲ舉示セン

第一 假令特赦ヲ得ルモ特赦ハ當然未タ復權ヲ得セシメス復權ヲ得ルニハ特ニ或處分ヲ要ス是レ第六十四條第一項下段ニ特赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ赦狀中記載スルニ非サレハ復權ヲ得スト規定シタル所以ナリ

第二 大赦ヲ受ケタル者再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論スルヲ得スト雖トモ特

赦ハ再犯ヲ以テ論スルヲ妨ケス

第三 數罪俱ニ發シタル場合ニ大赦ニ因テ消滅ノ效果ヲ及ボス所ハ單ニ大赦ニ遇ヒタル犯罪ノミニ止マリ他ノ犯罪ニハ何等ノ效果ヲ及ブスト雖トモ特赦ハ一概ニ此ノ如ク決定スルコトヲ得ス抑モ數罪同發ニハ數罪ヲ同時ニ裁判シタル場合ト又異時ニ之ヲ裁判シタル場合アリ若シ數罪ヲ同時ニ裁判シタルトキニ他日特赦ヲ爲シタル時ハ其効總テノ刑罰ニ及フ何トナレハ數罪中一ノ重キ罪ニテ罰シタルトモ其重キ罪ニシテ功勞アリタルカ爲メ免刑サル時ハ輕キ罪ハ當然免刑サレサル可ラサレハナリ蓋シ數罪中一ノ重キ罪ヲ罰スレハ十分ナリトハ法律ノ精神ナリ若シ又數罪ヲ異時ニ罰シタル場合即チ前ニ一犯罪ニ付テ特赦ヲ受ケ後日前犯發覺シタル時ハ二個ノ場合ニ分テ之ヲ論スヘシ後發ノ罪前發ノ罪ヨリ輕キトキハ後發罪ノ刑ニモ其効ヲ及ボス可キモ特赦ヲ受ケタル前發ノ罪特赦ヲ受ケサル後發ノ罪ヨリ輕キ時ハ右ト決定ヲ異ニシテ更ニ後發ノ罪ヲ論セサルヘカラス前犯后犯ヲ通算スルハ格別何トナレハ後發罪重キニ拘ラス罪人ハ未ダ之ヲ受ケサルヲ以テ其重キヲ知ラサレハナリ

道理上ヨリ論スレハ特赦ハ執行權ノ首領之ヲ司ルヘシ何トナレハ特赦ハ法律ニ牴觸セサルノミナラス確定裁判ヲモ違奉ス只タ之ヲ執行スルニ付テノ處分ニ過キサレハナリ(治罪法第四百七十七條第四百七十八條第四百七十九條及第四百八十條然レトモ執行權ノ首領其人ヲ得ルトキハ之ヲ執行權ノ首領ニ一任シテ可ナリト雖トモ若シ其人ヲ得サルトキハ或ハ自己ノ與望ヲ博センカ爲メ濫リニ罪人ニ特赦ヲ行ヒ其極立法者ノ精神ト相背馳スルニ至ルコトナシトモ是ヲ以テ佛國ニ於テハ裁判官ヲシテ之ニ干渉セシメントセシコトアリ然レトモ此ノ如クスレハ甚タ奇觀ヲ呈ス何トナレハ裁判官ハ自ラ裁判シタル所ノ刑罰ヲ嚴酷ナリト爲スニ同シカルヘク且之カ爲メニ裁判ノ威力ヲ減殺スルニ至レハナリ我國ノ法律ハ檢察官監獄署長又ハ司法大臣ノ申立ニ依リ天皇陛下ノ勅裁ヲ以テ特赦ヲ行フ(治罪法第四百七十七條乃至第四百八十條)故ニ道德ニ適シテ弊害ヲ生スルコトナク誠ニ其宜シキヲ得タリト謂フヘシ

第三 復權

復權ハ或附加刑ヲ消滅スルノ一原因ナリ夫レ特赦ノ性質ニシテ總テノ刑罰ヲ

消滅セシムルモノナレハ特ニ復權ノ制ヲ設ケテ之ヲ消滅ノ原因中ニ列スルノ必要ナシ然ルニ前ニ述ヘタルカ如ク特赦ハ當然附加刑ヲ消滅セシメス加之ナラス期滿免除モ亦一ノ消滅原因ナルニ期滿免除ハ主刑ト或附加刑トヲ消滅セシムルモ或他ノ附加刑ハ期滿免除ニ因テ消滅セサルナリ是ニ於テカ復權ノ必要ヲ見ル之ヲ要スルニ期滿免除若クハ特赦ノ制アルノミニテハ未タ全ク刑罰ヲ消滅セシムルニ足ラサル場合アリ是故ニ復權ヲ以テ刑ヲ消滅スルノ原因ノ一ト爲セリ

復權ハ上來ノ理由ト文字トニ依ルモ前ニ剝奪サレタル權利ヲ回復セシメテ公權剝奪ノ附加刑ヲ消滅セシム復權ヲ得ルニ要スル條件ハ第六十三條ニ之ヲ明示セリ請フ分割シテ左ニ之ヲ列舉セン

第一 確定裁判アルコトヲ要ス此條件ノ必要ナルコトハ既ニ特赦ニ就テ之ヲ述ヘタルハ復權ニ於テモ亦此條件ヲ要スルコト知ル可キナリ

第二 主刑ノ執行ヲ了リタル時ヨリ五年ヲ經過シ又ハ主刑期滿免除ニ因リテ消滅シ單ニ監視ニ付セラレタル時ハ監視ヲ終リタル時ヨリ五年ヲ經過スルヲ

要ス凡ソ復權ナルモノハ犯罪人ヲシテ公權ヲ行ハシムルモ危險ナキコト明確ナル場合ニアラサレハ之ヲ與ヘス故ニ特赦ノ當時直ニ公權ヲ與フルヲ得サルコトアリ況ンヤ通常主刑ヲ執行シ了リタルトキハ未タ其危險ナキノ確保ヲ得ス又主刑ノ期滿免除ヲ得タル場合ニ於テハ果シテ公權ヲ回復セシムルモ危險ナキヤ否ヤ最モ之ヲ觀察セサル可ラス而シテ之ヲ觀察スルニハ或年月ノ間ニ就テ之ヲ爲スヲ必要トス而シテ此年月ノ長短ハ立法者ノ推定ニ俟ツノ外他ニ方法ナキナリ我立法者ハ五年ヲ足レリト推定セリ

第三復權ヲ與フ可キ情狀アルコトヲ要ス第二條件ヲ要スルハ此情狀ヲ確認センカメナリ而シテ所謂情狀トハ公權ヲ回復セシムルモ危險ナキノ情狀ヲ云フナリ此情狀ハ豫メ法律ニ於テ之ヲ定ムルヲ得スト雖トモ其情狀ヲ見ルノ方法ハ治罪法ニ之ヲ定メタリ特ニ賠償裁判費用ノ義務ヲ完済スルカ如キハ此情狀ニ欠クヘカラス

復權ノ効果ハ第六十三條ニ明示スルカ如ク再ヒ公權ヲ得セシムルニアリ即チ犯罪人ヲシテ能力ヲ回復セシム然レトモ是刑罰ノ消滅原因ニシテ犯罪ヲ消滅

セサレハ此點ニ付テハ特赦ト同一ノ結果ヲ生スヘシ

上來ノ説明ニ由リテ復權ハ特赦ト甚タ相類スルヲ知ルヘシ故ニ之ヲ與フルノ方法モ特赦ト同シク天皇陛下ノ勅裁ニ因ル但彼ハ官吏ノ申立ニ起因シ此ハ本人ノ願ニ起因ス蓋シ現主刑ノ執行ニ在ラサル者ノ品行等ハ官吏之ヲ觀察スルヲ得サレハナリ

第四 期滿免除

期滿免除モ亦刑ノ消滅原因ナリ期滿免除ニ二種アリ曰ク訴權ノ期滿免除曰ク刑ノ期滿免除訴權ノ期滿免除ハ治罪法ノ規定中ニ入レハ今ハ唯タ刑ノ期滿免除ノミニ就テ説明スヘシ

刑ノ期滿免除トハ時間經過ノ效果ニ依リ刑ノ執行ヲ免カレシムル所ノ方法ナリ

時間經過ノ故ヲ以テ刑ノ執行ヲ爲サハルハ何ノ爲メナルカ今若シ權利義務ニ關スル法則ニ就テ之ヲ論スレハ多少長久ノ時間ヲ經過スルトキハ其證據物湮滅スルコトアル可ク又既ニ義務ヲ執行シタルモ歲月ノ長キ之カ證據ヲ喪失ス

ルコトアルニ由ルナラン然レトモ刑ノ期滿免除ハ決シテ此ノ如キ理由ヲ以テ之ヲ説明スルコトヲ得ス何トナレハ既ニ確定裁判アリタルモノナルヲ以テ證據ノ消滅ヲ恐ルハノ理由ナク又既ニ刑ヲ執行シタルトモ之カ證據ヲ存セサルカ故ニ再ヒ執行ヲ爲スヲ要フルヲ要セサレハナリ然ラハ之カ真正ナル理由如何曰ク刑罰ヲ執行スルノ必要ナキニ因ルノミ(折衷主義ニ依レハ刑ヲ執行スルノ利益ナシ蓋シ刑罰ハ社會ノ保存ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ設ク又假令折衷主義ニ依ルモ道德ニ背クカ故ノミヲ以テ之ヲ罰スルニアラス必ス社會ノ公益ヲ害スルニ由ル然ルニ社會ハ長久ノ時間其刑ヲ執行セスシテ經過スル時ハ最早社會ノ必要上社會ノ利益上刑罰ノ必要ヲ失シタリト言ハサル可ラス何トナレハ犯人其罪ヲ犯シテヨリ以來長久ノ時間刑罰ヲ受ケス社會ニ在リテ他ニ又罪ヲ犯サハルトキハ其者既ニ身ヲ償ミ改悛シテ復社會ノ存在ヲ傷害セス即チ法律ニ遵從スルコトヲ表白シタル者ナレハナリ夫レ刑罰ハ社會ヲ保存スルカ爲メニ社會ノ法律ニ遵ハシメントスルヲ以テ最大目的トナス然ラハ即チ既ニ法律ニ遵從スルモノヲ罰スルノ必要ナキヤ明ケシ又社會公衆カ懷ク危懼ノ念ヲ

除去スルモ刑ノ附從タル目的ナルヘシ然ルニ長久ノ時間ヲ經過スルトキハ社會公衆ハ漸次其犯罪ヲ忘レテ危懼ノ念自ラ消失セン此ノ如キ時ニ至リテ刑ヲ執行スルハ危懼ノ念ヲ安セサルノミナラス却テ新ラタニ其念ヲ喚起スヘシ加之ナラス公衆ニ例示シテ將來ヲ警誡スルモ亦附從ノ目的ナラン然ルニ犯罪ノ記憶消亡シタル時ニ及ンテ刑罰ヲ加レハ世人ハ之ヲ見テ自ラ警メス却テ其犯人ヲ憫ムノ情ヲ發スヘシ然ラハ則チ例示ノ目的モ亦之ヲ達スルヲ得ズ是期滿免除ナルモノヲ設ケテ刑ヲ消滅セシムル所以ナリ

以上ノ理由ニ依リ期滿免除ハ全ク公益ニ關スルモノナルコトヲ知ルヘシ是以テ時間ノ經過アレハ期滿免除當然生シ大赦特赦復權ノ如ク何等ノ手續ヲ要セス故ニ檢察官被告人等ニ於テ其期滿免除アルコトヲ申立スト雖トモ裁判官期滿免除ノ期限ヲ經過シタルコトヲ認知シタル時ハ職權ヲ以テ之ヲ言渡サハル可ラス故ニ又被告人ハ期滿免除ノ利益ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題起ルヲ得ズ期滿免除ニ要スル條件ハ單ニ期限經過ノ一ノミ刑法第五十九條及第六十條期滿免除ハ其年限ヲ指定シタリ主刑ノ期滿免除ノ年限ハ刑ニ依テ長

短アリ第五十九條ニ曰ク刑ノ輕重ニ依テ主刑ハ主刑ニシテ輕重ノ別アリ
 一 死刑ハ三十年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 二 無期徒刑ハ二十五年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 三 有期徒流刑ハ二十年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 四 重懲役重禁獄ハ十五年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 五 輕懲役輕禁獄ハ十年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 六 禁錮罰金ハ七年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 七 拘留科料ハ一年ノ期間ニシテ執行スルモノトシテ其執行後ハ終身ノ追放ニシテ
 此ノ如ク刑ノ輕重ニ依テ年限ニ差アル所以ハ他ナシ刑ノ重キハ罪ノ重キニ由
 ル而シテ罪ノ重キ者ニ對スル世人ノ記憶ハ輕キ者ニ比スレハ長ク繼續スヘキ
 ハ當然ナリ故ニ斯クノ如ク區別セリ但シ此區別ヲ爲スニ當リ其年限ノ比例等
 ハ一ニ立法者ノ適意ニ委スルノミ
 附加刑中ニハ期滿免除ヲ得ルモノト之ヲ得サルモノトノ別アリ先ツ期滿免除
 ヲ得ル附加刑ヨリ之ヲ説カン

罰金

沒收

第一 罰金 罰金ノ附加刑ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得而シテ其年限ハ主刑ト
 同一ナリ故ニ禁錮ニ付加スル罰金ハ七年ニシテ期滿免除ヲ得輕懲役ニ付加ス
 ル罰金ハ十年ニシテ期滿免除ヲ得此他各主刑ノ年限ニ從テ罰金ノ期滿免除ノ
 年限ニ長短ヲ生ス蓋シ罰金ハ犯罪ノ性質ニ由リ主刑ヲ補フカ爲メニ設クル所
 ノ附加刑ナリ故ニ附加ノ罰金ト主タル體刑トハ一體ヲ爲シテ分割ス可ラス若
 シ之ヲ分割スレハ其刑ハ犯罪ヲ過ムルニ足ラス是同一ノ罰金ニシテ主刑ニ從
 ヒ期滿免除ノ年限ニ長短アル所以ナリ
 第二 沒收 沒收ハ常ニ五年ニシテ期滿免除ヲ得沒收ノ罰金ト異ニシテ主刑
 ト期限ヲ共ニセサルハ何ンヤ是レ其性質ヲ異ニスレハナリ既ニ述ヘタルカ如
 ク付加ノ罰金ハ犯罪ノ性質ニ原因シ主刑ト同一體ヲ爲スト雖トモ沒收ハ然ラ
 ス此刑罰ノ必要ハ多少物件ノ性質ニ原因ス即チ物件自體ノ性質或ハ其犯罪人
 トノ關係上危險アリト爲スカ又ハ犯罪人チシテ不當ノ利益ヲ得セシメストノ
 理由ニ依テ沒收ス既ニ犯罪ノ性質ニ關セサル以上ハ罪ノ輕重ニ由リテ期滿免
 除ノ年限ヲ異ニスルノ理ナシ故ニ常ニ同一ノ年限ヲ經過スレハ期滿免除ヲ得

セシムヘキハ自然ノ事ナリ但其年限ハ何年コシテ可ナルカハ別問題ナリ
我立法者ハ之ヲ五年ト爲シタリ最トモ禁制物ハ何人モ所有スルヲ得サル物件
ナレハ之ニ關シテ期滿免除アラサ裁判所ニ現出スレハ何時ニテモ之ヲ沒收セ
サル可ラス
第三 剝奪公權停止公權及監視 此三者ハ期滿免除ヲ得ス剝奪公權停止公權
監視ノ三者ヲ以テ期滿免除ヲ得スト爲セシハ如何ナル理由ニ由ルカ此等ノ刑
ハ或ハ或危險ヲ防キ或ハ刑後改悛ノ狀ヲ觀察スルヲ目的ト爲シ被告人ニ對シ
テ有形上ノ執行ヲ爲スコトアラス唯タ之ヲ執行ヲ掌ル者ノ上ニ於テノミ或所
爲ヲ要スルニ過キス故ニ幾數年ノ後ト雖トモ其必要ヲ見ルヘシ又世人チシテ
新タニ危懼ヲ起サシメ犯罪人ヲ憫マシムルノ弊害ヲ生スルコト稀少ナルヘシ
然レトモ今之ヲ理論上ヨリ觀察スル時ハ一々首肯スルヲ得ス蓋シ剝奪公權ノ
如キハ受刑後終身受クル所ノ刑ナリ而シテ主刑ノ期滿免除ヲ得ルハ尙ホ其執
行ヲ受ケタルト同一ナリ故ニ期滿免除ニ因テ剝奪公權ヲ免レシメサルハ或ハ
可ラン然レトモ監視ニ期滿免除ヲ與ヘサルニ至リテハ太ニ不可ナルカ如シ夫

レ監視ハ之ヲ執行セントセハ實際被告人ヲ束縛シテ或手續ヲ爲サシメサル可
ラス豈ニ全ク有形上ノ執行ナシト云フヲ得ンヤ且期滿免除ノ理由ヲ一ニシテ
世人ノ遺忘シタル時ニ乘シ之ヲ罰スルハ却テ世人チシテ犯人ヲ憫ムノ情ヲ發
セシムルノ害アリト云フニアラハ監視執行モ亦此害ヲ生スルヲ免レサル可シ
殊ニ監視ハ犯罪人將來處世ノ方針ニ非常ナル妨害ヲ與ヘ却テ再ヒ罪ヲ犯スニ
至ラシムルノ害アルコトハ余既ニ之ヲ論シタリ然ルニ長久ノ年間惡業ヲ爲サ
ス爲メニ罰スルノ必要ナシト云フテ主刑ヲ免除スルニ拘ラス監視ヲ執行シテ
其犯罪人タルヲ表白シ更ラニ處世ノ方法ニ苦マシムルハ益ス監視ノ弊害ヲ重
スルモノト云フヘシ
停止公權ニ期滿免除ナキモ亦奇ナリ此附加刑ハ輕罪ノ刑期中付加セラル、所
ノ刑ナリ之ヲ付加スル所以ハ體刑ノ執行中公權ヲ行ハシムルハ危險ナリ汚點
ナリトシテ之ヲ停止スルニアラスヤ故ニ其主刑ヲ終ヘ獄舎ヲ出ル以上ハ直チ
ニ之ヲ廻復セン今主刑期滿免除ヲ得レハ猶ホ主刑ヲ執行シ了リタルト同シ之
ニ公權ヲ行ハシムルハ如何ナル危險アルカ如何ナル汚點アルカ若シアリトセ

期滿免除
ノ起算點

ハ期滿免除後ノミナラス主刑執行後モ亦之アルヘシ然ルコ期滿免除ノ時ニ限
リ其公權ヲ停止スルハ抑モ何ノ理由シヤ余ハ其理由ヲ發見スルコト能ハス此
ノ如クシハ或ハ刑罰ノ目的外ニ刑ヲ科スルノ結果ヲ生セザランカ
停止公權及監視ハ犯人逃匿シアルモ其刑罰ヲ執行シタルモノト見做シテ期滿
免除ナシト云ハ、或ハ不都合ヲ見サルヘシ然レトモ我刑法ノ條文上此解釋ヲ
許サ、ルヲ如何セン

既ニ期滿免除ノ年限ヲ知レハ其起算點ヲ定ムルヲ要ス刑法第六十一條ニ曰ク
期滿免除ハ刑ノ執行ヲ道レタル日ヨリ起算スト是此起算點ニ關スル原則ニシ
テ至當ナル規定ト謂フ可シ蓋シ期滿免除ハ或年間刑ノ執行ヲ道レタル故ニ遂
ニ其刑ヲ免スルナリ是ヲ以テ之ニ要スル年限ハ其刑ヲ道レタル日ヨリ計算ス
可キハ理ニ於テ應ニ然ルヘケレハナリ本條ノ末段ニ記載スル規定ノ如キモ此
原則ノ適用ヲ示シタルニ過キサルヘシ例之ハ一旦刑ノ執行ヲ道レタル后若干
ノ年間ヲ經テ捕縛セラレ殘餘ノ刑ノ執行中再ヒ逃走シタル場合ハ再ヒ逃走シ
タル日ヨリ更ラニ年限ヲ起算シテ最初逃走シタル間ノ日數ヲ算入セス是蓋シ

刑ノ必要ト云ヒ世人ノ記臆ト云ヒ執行ヲ道レタル日ヨリ漸次減少シテ遂ニ消
亡スルニ至ル然ルニ再ヒ執行シタル時一旦減少シタル必要ト記臆トハ初メニ
復スヘシ故ニ前ニ通レタル日數ヲ算入セス
今前述ノ原則ヲ適用スルニ少ク困難ヲ覺ユル場合アリ缺席裁判アリシ時はナ
リ夫レ通常ノ裁判アリシ場合ニハ裁判確定スレハ直チニ刑ヲ執行ス故ニ被告
人逃走スレハ其刑ノ執行ヲ道レタルコト明白ナリ缺席裁判ハ被告人ノ知ラサ
ル間ニ刑ヲ言渡スモノナリ而シテ缺席裁判ヲ受ケタル者ハ自ラ通知ヲ受クル
カ又ハ期滿免除ニ至ルマテ故障ヲ爲スコトヲ得即チ裁判確定セス故ニ被告人
自身ニ裁判ヲ通知スレハ裁判確定シ隨テ其刑ノ執行ヲ免レタリト云フヲ得ヘ
キモ是甚タ稀少ノ場合ニシテ缺席裁判ハ多ク刑ノ執行若クハ期滿免除ニ因テ
確定ス第一ノ場合即チ刑ノ執行ニ因テ裁判確定シタル場合ニ刑ノ執行ヲ道ル
レハ第六十一條末段ヲ適用スレハ足レリト雖トモ第二ノ場合ニハ殆ト起算點
ヲ發見スルコト難シ然ラハ此ノ如キ場合ニ缺席裁判ヲ受ケタル者ニハ期滿免
除ノ利益ヲ與ヘサルカ是レ期滿免除ヲ設ケタル趣旨ニ反ス蓋シ期滿免除ハ裁

(判注)

判後刑ヲ執行セシテ或年間ヲ經過スルトキハ刑ヲ加フルノ必要ナキニ因リ其刑ヲ免ス而シテ其之ヲ免スルニハ犯人カ裁判言渡アリシコトヲ知ルト否トヲ區別スルノ理由ナキナリ然ラハ即チ如何セハ可ナルカ立法者ハ之ヲ規定シテ曰ク宣告ノ日より起算ス可シト故ニ缺席裁判ヲ受ケタル者ハ自ラ裁判ノ通知ヲ受ケタルト否トヲ問ハス裁判宣告ノ日より刑ノ執行ヲ遵レタルモノト同一視セタリ

刑法第六十二條ハ少シク右ノ原則ニ變更ヲ加ヘテ曰ク刑ノ執行ヲ遵レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シタル時ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日より期滿免除ヲ起算スト一アリ期滿免除ハ刑ノ執行ヲ遵レタル日より起算ス可キハ原則ナルヲ前ニ述タルカ如シ然ルニ政府ニ於テ其執行ヲ爲サンカ爲メニ或手續ヲ執リタルトキハ其手續ヲ終リタル日より起算ス是レ則チ本條ノ明言スル所ナリ此規定ノ理由ハ殆ント民事ノ期滿免除ノ中斷ト同一ナルヘシ民事ノ時効ノ場合ニ於テ義務者義務ノ執行ヲ爲サスト雖トモ權利者權利執行ノ要求ヲ爲ストキハ其要求セシ日より更ラニ時効ノ年限ヲ起算ス本條モ亦之ト同一ニシテ被告人遵レテ刑

ノ執行ヲ受ケサルモ政府ニ於テ執行ノ手續ヲ爲スハ猶ホ權利者カ權利ノ要求ヲ爲スト同一ナリトス
本條ニ最終ノ令狀トアルカ故ニ數通ノ令狀ヲ出シタルトキ最後ノ令狀發付ノ日より更ラニ年限ヲ起算スルハ論ナシ然レトモ期滿免除チ中斷スルカ爲メ故ラニ令狀ヲ發セシムルノ意ニアラサルヘシ立法者ハ被告人逃走シテ引續キ數通ノ令狀ヲ發スル場合ヲ假想セシナラン例之ハ被告人横濱ニ遁レ居ルカ故ニ横濱ニ向ケテ令狀ヲ發セシムルニ既ニ仙臺ニ遁レタリト報チ得更ラニ仙臺ニ向ケテ令狀ヲ發セシカ如キ場合ニハ其仙臺ニ向ケテ發シタル日ヲ以テ起算點ト爲ス蓋シ刑ノ期滿免除ハ證據ノ湮滅ニ因ラスシテ必要ノ消亡ニ因ル證據ノ湮滅ハ一方ノ手續ニ依テ之ヲ防クチ得ヘキモ必要ノ消亡ハ然ラス然ルニ證據ノ湮滅ニ基ク公訴ノ期滿免除スラ中斷シテ年限ヲ二倍以上ニスルヲ許サス却テ必要ノ消亡ニ因レル期滿免除ヲ無限ニ中斷スルヲ許セタリト信スルヲ得ス然レトモ條文ハ汎博ナリ余ハ唯タ執法ノ注意ヲ乞フニ止メサルヲ得ス
第六十二條ハ實際刑ノ執行ヲ遵レタル者ニノミ之ヲ適用ス可キカ將タ缺席裁

判ヲ受ケタル者ニモ亦之ヲ適用ス可キカ或著者ノ説ニヨレハ實際刑ノ執行ヲ通レタル者ニノミ之ヲ適用ス可キカ如シ今文字上ヨリ論スルトキハ此説或ハ至當ナルカ如シ何トナレハ第六十一條ニハ實際刑ノ執行ヲ通レタル者ト缺席裁判ヲ受ケタル者トハ明カニ之カ用語ヲ異ニセテ第六十二條ハ第六十一條ノ實際ニ刑ノ執行ヲ通レタル者ヲ指シタルト同一ノ文字ヲ用ヒタレハナリ然レトモ余ハ之カ反對説ヲ取ラントス其理由ハ第一實際刑ノ執行ヲ受ケテ逃走シタル者ト缺席裁判ヲ受ケタル者トノ間ニ之カ區別ヲ爲スノ理由ナキナリ元來缺席裁判ニ係ル者ハ宣告ノ日ヨリ起算ストナシタル所以ハ其日ヨリ刑ヲ通レタルト同一視シテ宣告ノ日ヨリ起算スト規定セシナリ此假定アルチ奇貨トシテ最終ノ令狀ヲ發シタル日ヨリ起算セラ、ルノ不利益ヲ免レタリト主張スルヲ得サル可シ第二刑法ハ「刑ノ執行ヲ通レタル」ノ數語ニ二様ノ意義ヲ付與シタリ廣義ト狹義是レナリ第五十八條ニ所謂「刑ノ執行ヲ通レタル」トハ廣義ニシテ欠席裁判ヲ受ケタル者ヲモ包含ス蓋シ第五十八條ハ一般ニ刑ノ期滿免除ヲ得ヘキ者ヲ指定スルニ此文字ヲ用ヒ而シテ欠席裁判ヲ受ケタル者ハ期滿

免除ヲ得ヘキ者ナレハナリ第六十一條刑ノ執行ヲ通レタル」ノ文字ハ狹義ナリ是ニ於テカ第六十二條ニ「刑ノ執行ヲ通レタル」トアルハ廣義ナリヤ狹義ナリヤチ定ムルヲ要ス余ハ特別ナル理由ナキ以上ハ廣義ニ解セント欲ス況ンヤ第六十一條ノ全文ト第六十二條及第五十八條ノ全文トヲ比照スレハ此ノ如ク解釋スルノ理ナキニアラサルオヤ故ニ缺席裁判ヲ受ケタル者ニモ第六十二條ヲ適用スヘシト論セサル可ラス

罰金ノ期滿免除ニ付テハ何レノ時ヨリ之ヲ起算ス可キヤ夫レ罰金ノ執行ハ其罰金ヲ納ムルニ在リ而シテ之ヲ納ムルニ付テノ期限ハ三十日以内ナリ故ニ三十日以内ハ決シテ換刑ノ處分ナシ又假令三十日以上之ヲ納メスト雖トモ當然換刑ノ處分アルニアラス必ス特ニ換刑ノ徵收狀ヲ發スルヲ要ス故ニ此刑ノ期滿免除ノ起算點チ定ムルハ稍ヤ困難ナリ然ラハ缺席裁判ノ場合ノ如ク裁判宣告ノ日ヨリ之ヲ起算センカ曰ク不可ナリ裁判宣告ノ日ヨリ起算スルハ固ト法律ノ假定ニ基クカ故ニ特ニ明文ナカル可ラス然ラハ三十日ヲ經タル後ニ起算スヘキヤ曰ク是亦不可ナリ何トナレハ滿三十日ノ日ヲ以テ執行ノ期日ト爲シタ

第二款 犯罪

ルニ非ラサレハナリ然ラハ則チ徴収狀ヲ發シタル日ヲ以テ起算點ト爲サンカ
徴収狀ハ執行スヘキニ執行セサル者ニ對シテ發スルモノナリ故ニ既ニ數十日
前執行ヲ遅レタリ故ニ是不可ナリ余ハ謂ラク裁判確定ノ日ヨリ起算スルハ原
則ナリ然レトモ若シ徴収狀ヲ發シタルトキハ刑ノ執行ヲ遅レタル者ニ對シテ違
捕ヲ命シタル時ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ期滿免除チ起算スト同シシ罰
金ノ徴収狀ヲ發シタル日ヨリ更ラニ之ヲ起算ス可シト
以上期滿免除ニ關スル法則ヲ說終ルト共ニ刑ノ消滅原因ヲモ講了セリ然ルニ
茲ニ消滅原因ニ類似スルモノアリ假出獄及ヒ免幽閉是ナリ之ニ付テ一言セン
ト思惟シタレトモ條文ヲ一讀スレハ其詳細ヲ知り得ルカ故ニ單ニ假出獄及ヒ
免幽閉ハ刑ノ執行ノ停止ニシテ消滅ノ原因ニアラストノ注意ニ止メテ款本ヲ
終結ス

第一章 犯罪ノ事實

第一節 總說

第一章亦分テ總說及ヒ未遂犯ノ二節ト爲ス

本節ニ於テ第一ニ研究スヘキハ犯罪ノ定義ナリトス然リ而シテ我刑法中ニハ
此定義ヲ與ヘタル條文ヲ見ス佛國刑法ハ其第一條ニ犯罪ノ定義ニ類スル文字
ヲ掲記セリ曰ク某々ノ刑ヲ以テ罰セラル、者ヲ違警罪トシ云々ト此ノ如キ規
定ハ單ニ佛國刑法ノミニ限ラス他ノ刑法ニ於テモ亦往々見ル所ナリ而シテ佛
國刑法モ此ノ如ク重罪輕罪違警罪ノ定義ニ類スルモノヲ明記スルモ犯罪一般
ノ定義ヲ下サス然ラハ則チ學理上犯罪一般ノ定義ヲ論定セサル可ラス或ハ曰

ク法律カ禁止シテ且ツ刑罰ヲ加フル所爲ハ則チ犯罪ナリト是レ學者多數ノ説ナリ又法律カ刑罰ヲ加フトノ條件ハ犯罪ノ定義ニ必要ナラス單ニ法律カ禁止スルト云フノミヲ以テ足レリトスト論スル者アリ然レトモ是レ極メテ小數ノ説ニテ大半ノ學者ハ之ヲ採用セス

今尙ホ一步ヲ進ンテ論究スレハ多數學者ノ唱道スル定義ト雖トモ未タ眞箇ノ定義ト斷定スルヲ得ス蓋シ犯罪トハ何ソヤト云ヘル問題ニ向テ法律カ禁止シテ罰スル所ノモノヲ云フト答フルハ法律ノ罪トスル所ノモノハ則チ犯罪ナリト云フニ過キス之ヲ譬フルニ吾人ヲ照ス所ノ太陽ハ何ソヤトノ問題ニ對シテ吾人ヲ照ス所ノモノハ太陽ナリト答フルト一般問題ヲ換言スルニ止マリ其眞性ヲ表明セス此ノ如キハ未タ完全ノ定義トスルヲ得サルナリ故ニ犯罪ノ眞箇ノ定義ハ法律ノ罰スルハ如何ナルモノナルヤ其特種ノ性質ヲ定メサル可ラス有名ナルロシ氏カ大ニ佛國刑法第一條ヲ排駁シタルモ亦此カ爲メノミ其言ニ曰ク世人ハ犯罪ノ本質ヲ研究スルコトヲ爲ス勿レ只立法權ノ爲ス所ニ一任スヘシ立法權カ或人ノ首ヲ斬ラハ其人ハ大罪人ナリト知ルヘシ是レ則チ刑法第一

條ノ言ハントスル所ニアラスヤ此クノ如キ規定ハ實ニ法律カ人類ヲ蔑視スルコト甚シク人類ヲ壓抑スルコト大ナルヲ見ルヘシトロシ氏ノ言頗ル酷ニ失スルノ嫌アリ蓋シ立法者カ此條ヲ設ケタルハ決シテ犯罪ノ本質ヲ確立シテ之カ定義ヲ下シタルニ非ス單ニ實際ノ便宜上ヨリ(管轄ヲ定メ期滿免除ヲ起算スル等斯クノ如ク規定シタルニ過キサルヘシ)即チ立法者カ重罪輕罪違警罪ハ斯々ノモノヲ云フト掲記シタルハ既定ノ犯罪ニ就テ立言シタルノミ其本質ノ如何ヲ問ハストノ意ニ非サルナリ然レトモ若シ此條ヲ以テ犯罪ノ定義ヲ下シタルモノト爲ス時ハロシ氏ノ説ハ至當ナリト云フヘシ故ニ犯罪ノ定義ハ立法者カ重罪輕罪違警罪即チ犯罪トシテ禁シ且罰スルハ何ニ基由スルカヲ觀察シテ之ヲ下サハルヘカラス

ロシ氏ハ佛國刑法第一條ヲ駁撃スルト同時ニ犯罪ノ定義ヲ下シテ曰ク社會及ヒ社會ヲ組成スル人ヲ害シテ其責務ヲ破ルノ所爲ナリト此定義ハ果シテ完全無欠ノモノト云フヲ得ヘキカ夫レ世上一方ニ責務ヲ負フ者アル時ハ他ノ一方ニ權利ヲ有スル者アルハ通常ナリ然レトモ又一方ニ責務ヲ負フ者アルモ他ニ

權利ヲ生セサル場合アリ例之ハ吾人ハ自己一身ニ對スル義務是レナリ邪念ヲ起ス勿レ暴食スル勿レト云フ如キハ一ノ義務ナルニ相違ナシ然レトモ此義務ニ對スル權利ヲ有スル者ハ何人カアル故ニ縱令是等ノ義務ヲ破ルモ毫モ他人ヲ害スルコトナキナリ又自己一身ノ義務ナルカ如キモ幾分カ他人ノ利害ニ關スルモノアリ例之ハ今社會ノ一人トナリテ其中ニ生活スル以上ハ社會公衆ノ利益ヲ翼進セサルヘカラサルハ則チ一ノ義務ナリ此義務ハ自己一身ニ對スル義務ト云フヲ得ヘシト雖トモ幾分カ他人ニ關係ヲ及ホサスンハアラス何トナレハ若シ其義務ヲ盡サハルトキハ社會之カ害ヲ受ケ之ヲ盡セハ社會之カ利益ヲ得レハナリ又貧人ヲ惠恤スルハ人類ノ義務ナリ此義務モ亦他ノ自己ニ對スル義務ト異ナリ幾分カ第三ノ者ニ利害ノ關係ヲ及スヘシ

若シ以上列舉シタル義務ニシテ之ヲ破ル者アラハ之ヲ罰スヘキカ何國ノ刑法モ之ヲ罰スルヲ聞カサルナリ是實ニ事實上罰スルヲ得サルノミナラス道理上亦之ヲ罰スルヲ得ス蓋シ前例ノ如キハ皆其ニ義務ニ相違ナク又是等ノ義務ヲ盡サハルトキハ社會ニ幾分ノ害ヲ及スヘシ然レトモ此義務ニ對シテ真正ノ權

利ナルモノアルナシ縱令之アリトスルモ其權利ハ法律上ノ權利ニ非ス故ニ犯罪ニハ他人ノ權利ヲ害シ法律上ノ義務ニ反スルノ特性ナカル可ラス然レトモロッシ氏ノ說ニ因レハ前掲ノ責ニ反スル者モ亦之ヲ罰セサルヘカラサルカ如シ故ニ其定義ハ未タ完全ノモノト云フヲ得サルナリ

今虛心平氣ニ考察スレハロッシ氏カ故ラニ義務ヲ破ルノ文字ヲ用ヒテ義務ト云ハス權利ト云ハサルハ深慮アルナリ例之ハ品行ヲ正スルハ自己一身ニ對スル義務ナリ然レトモ裸體ニテ道路ヲ通行スルトキハ違警罪トシテ之ヲ罰ス又刑法第二百五十八條及第二百五十九條ノ如キ猥褻ノ所爲ヲ爲スヘカラサルモ亦自己一身ニ對スル義務ナリ然ルニ是等ノ所爲ヲ爲スモノハ刑法之ヲ罰ス是レ氏カ故ラニ義務ノ文字ヲ用ヒタル所以ナリ

故ニロッシ氏カ義務ノ文字ヲ用ヒタルハ極メテ微妙ナリ然レトモ未タ以テ俄カニ心服スルニ足ラス前段ニ例示シタル場合ノ如キモ尙ホ權利ヲ害スルノ所爲義務ニ反スルノ所爲ナリト云フヲ得其故ハ社會ハ善良ニ構成シ其風ヲ維持スルノ權利ヲ有ス故ニ此等ノ權利ヲ侵害セラルトキハ又之ヲ防衛スルノ權利

チ有ス一個人ニ至リテモ亦然リ今予道路ヲ通行スル時若シ斯カル猥褻ノ所行ヲ瞥見スレハ予ハ面ヲ背ケテ通過スルモ亦我眞風ヲ維持スルコトヲ得然レトモ若シ子弟ヲ伴フテ通行セシカ奇チ好ムノ小兒ハ其所行ヲ見テ珍トシ快トシ遂ニ慣レテ之ヲ躬行スルモ亦知ルヘカラス故ニ此小兒ノ惡所爲ヲ禁遏セントスレハ何人モ小兒ヲ伴フテ公道ヲ通行スルヲ得サルニ至ル然ルモ何人モ皆安穩ニ公道ヲ通行スルノ權利ヲ有スル以上ハ裸體又ハ猥褻ノ所爲ヲ公示スルヲ罰セサルヘカラス何トナレハ社會ハ其權利ヲ害セラルレハナリ故ニ如何ナル犯罪ヲ問ハス之ヲ構成スルニハ必ス破リタル責務ニ對スル權利ナカル可ラス此ノ如ク推論シテ犯罪ノ定議ヲ下セハ犯罪トハ社會又ハ社會ヲ組織スル各人ノ安寧及自由ヲ害スル不當ノ所爲ヲ云フ之ヲ換言スレハ犯罪トハ社會又ハ社會ヲ組織スル各人ノ權利ヲ破リテ自己ノ義務ニ反スル所爲ヲ云フ此定義ハ洵ニ予カ向キニ論シタル刑法ノ定義ト符合スヘシ刑法ハ社會ヲ保存スル爲メニ之ヲ設ク而シテ社會ヲ保存スルトハ其權利内ニ於テ保持スルヲ要スルハ當然ナリ

尙ホ此定義ニ付テ二個ノ注意ヲ爲スチ要ス

(第一) 縱令社會又ハ各人ノ權利ヲ破ルモ之ヲ罰スルノ必要ヲ見サルトキハ刑事上ノ犯罪ヲ構成セス例ヘハ契約ヨリ生スル權利ヲ破リタル場合ノ如シ即チ余或人ヨリ水入ヲ買得スルハ契約ヲ爲シ予ハ其代金ヲ辨濟シタルモ彼レ予ニ水入ヲ引渡サズ予ハ水入ヲ引渡サシムルハ權利ヲ有シ彼ハ之ヲ引渡スノ義務アリ而シテ人ノ權利ヲ害スル所爲ハ犯罪ナリト云フ以上ハ此場合モ亦賣主ヲ罰セサルヘカラスカ如シ然レトモ此ノ如キ時ハ刑罰ノ必要ナシ何トナレハ刑罰ヲ用ヒスシテ十分予ノ權利ヲ保護スルヲ得レハナリ然ルニモ拘ハラス尙ホ其者ヲ拘禁シ其者ノ首ヲ刎ルカ如キハ不必要ノ場合ニ刑罰ヲ適用スルモノニシテ其刑罰ヤ不正ナリ故ニ他人ノ權利ヲ破タリト云フノミヲ以テハ未ダ犯罪トスルニ足ラス

(第二) 今他人ノ權利ヲ害スル者ヲ罰スルハ爲メニ却テ世ノ風習ヲ破ルカ又權利ヲ害スルハ所爲ヨリ更ニ重大ナル不都合ヲ生スル時ハ縱令他人ノ權利ヲ害スルモ之ヲ罰スルヲ得ス一例ヲ舉クレハ男女結婚スレハ其室ヲ同フスルハ夫婦

相互ノ權利義務ナルノミナラス社會ニ對シテモ亦此義務アリ然ルニ今同室ヲ肯ンセサル者ニ刑罰ヲ加フルカ如キコトアラハ大ニ人ノ自由ヲ害シ却テ風俗ヲ壞亂スルニ至ルモ書スルニ當リテハ此ノ點ハ明ニ示スルニ當ルナリ上來說述タル所ハ道理上ヨリ觀察シテ犯罪ノ定義ヲ下サルハ論ヲ依タス但世上萬道理上ノ觀察ニ從テ犯罪ノ定義ヲ下サルハ論ヲ依タス但世上萬般ノ所爲ニ就キ此所爲ハ他人ノ權利ヲ害セリ彼ノ所爲ハ他人ノ權利ヲ害セス此ノ所爲ハ他人ノ權利ヲ害スルモ之ヲ罰スルノ必要アリ彼ノ所爲ハ其必要ナシ此等ノ事ハ一々世人チシテ之ヲ知ラシムルヲ得ス當ニ世人ノ之ヲ知ルヲ得サルノミナラス裁判官ト雖トモ又或ハ誤謬ニ陷ラサルヲ保スヘカラス故ニ法律中ニ其定義ヲ下スノ必要ヲ見ス若シ裁判官等ヲシテ定義ニ依リテ犯罪タリヤ否ヤチ判別セシムレハ却テ大害ヲ生セン蓋シ世上ニ發露スル事實ハ種々ニシテ其權利ヲ害スル有様モ亦千差万別ナリ是ヲ以テ逐一法律ニ明記スルヲ得サルハ故ニ若シ法律ニ明記ナキ所爲ハ之ヲ罰スルヲ得ストスレハ道理上ノ定義ヨリシテ必ス犯罪トナルヘキモノモ或ハ罰スルヲ得サルノ不都合ヲ

生セン然レトモ一方ヨリ見レハ何ノ所爲チ犯罪トシ何ノ所爲ヲ犯罪トセサルヤハ之ヲ識別スル極メテ困難ナルカ故ニ若シ其鑒別ヲ執法官ニ放棄スル時ハ人民ノ不幸之ヨリ大ナルハ莫カルヘシ日本刑法ニ於テ罰スヘキモノチ罰セサルハ罰スヘカラス者チ罰スルニ勝レリトハ古語チ履習シタルハ又全ク此道理ニ由ルナリ(第二條)左レハ成文上犯罪ノ定義ヲ下シテ曩ニ駁撃ヲ試ミタルモノ、如クスルモ甚キ不可ヲ見ルコトナシ即チ日本刑法、猶豫、禁止、若クハ命令、刑罰ヲ以テ制裁ト爲ス所ノ所爲ハ犯罪ナリト云フヲ得ヘシ然ラハ則チ道理上ノ定義ト成文上ノ定義トハ之ヲ區別シテ見ルヲ可ナリトス學者中或ハ第二條ヲ設クルニ及ハスト云フ者アリ然レトモ若シ此條ナシトスレハ假令法律ニ正條ナキモ法理上ノ定義ニ照セハ犯罪ノ所爲ナリトシテ之ヲ罰スルヲ得ルナラン只之ヲ罰スルニ當リ新タニ刑罰ヲ制作スルヲ得サルカ故ニ略ホ類似スル他ノ箇條ヲ援キ來リテ之ヲ罰セサルヘカラス是レ所謂比附援引ノ處罰ナリ果シテ此ノ如クナラハ其弊害ヤ人民犯罪ナルコトチ知ラサルニ突然刑罰ヲ科セラレ或ハ裁判官ノ誤謬ヨリ無罪ノ所爲モ犯罪ナリトシテ罰セ

フレ又或ハ裁判官故意ヲ以テ濫リニ人民ヲ罰スルヲ得ルニ至ラン豈亦危險ナ
ラスヤ此危險ヲ防カントスレハ必ス第二條ヲ設クルヲ要ス故ニ成法上犯罪ノ
定義モ前述ノ如ク下スノ利益アリ又其必要アリ
刑法第二條ヲ設クル所以ハ以上ノ如シ即チ法律ニ於テ豫メ一定シテ刑罰ヲ付
セラレタル所爲ニアラサレハ之ヲ罰スルヲ得ス故ニ此條ノ精神ヨリシテ疑ハ
シキ場合ハ之ヲ罰スルヲ得スト云ハサルヘカラス然レトモ余ハ諸君ニ對シテ
自白セン實際取扱フ所ノ事務ト法理上ノ議論ト一致セサルコトヲ今單ニ法理
上ヨリ云フトキハ裁判所ニ於テ取扱フ事件ニ付テ苟クモ疑問アル所爲或ハ學
校ノ討論會ニ付スヘキ事實ハ決シテ犯罪ナリトシテ之ヲ罰スルヲ得ス之ヲ罰
スルハ所謂正條ナキモノヲ罰スルト異ナルコトナシ
斯ノ如ク決スルトキハ世上ノ事物ハ千態万象ナルカ故ニ刑法ノ規定ノミヲ以
テ充分ニ刑罰ノ目的満足スルヲ得ス即チ刑法規定外ノ事物ニシテ法理上犯罪
トセサルヘカラサルニ拘ラス其所爲ヲ罪トシテ罰スルヲ得サルノ弊害ヲ醸出
セン然レトモ此場合ニハ更ニ刑法ヲ改正スルカ若クハ追加ヲ爲スカ又或ハ特

別ノ法律ヲ設ケテ之ヲ罰スルモ可ナリ即チ彼ノ萬國普通ノモノニ非スシテ單
ニ一國ノ狀態等ヨリ生スル罪例之ハ祖稅法ニ關スル犯罪又ハ道路法ニ關スル

犯罪ノ如キハ何國ヲ問ハス皆之ヲ犯罪視スルニ非ス又政府ハ何ノ時ヲ問ハス
常ニ之ヲ罪トシテ罰スルノ權利ヲ有セス全ク一國ノ狀態又ハ時世ニ因リテ異
ニセサルヲ得ス故ニ是等ハ刑法ヲ改正スルヨリハ寧ロ特別法ヲ發スルノ簡且
ツ便ナルニ如カス刑法第五條ニ此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名ア
ル者ハ各其法律規則ニ從フアルモ亦之カ爲メナリ
或學者ハ他ノ法律規則ヲ以テ特別法ヲ指スト爲セリ然レトモ若シ性質上刑法
ニ規定スヘキヲ他ノ法律規則ニ規定シタリト假定センカ其法律ヲ指シテ特別
法ト云フヲ得サルヘシ然ラハ則チ何チカ特別法ト云フヤ或ハ曰ク特別法トハ
世上ノ職業ニ關スル事項ヲ規定スルモノヲ云フト然レトモ若シ此說ニ從フ時
ハ官吏人民ニ對スル罪又ハ醫師其他職業上命令サレタル鑑定ヲ爲スヲ肯ンセ
サルカ如キモ亦職業ニ關スルヲ以テ須ラク特別法中ニ規定スヘキニ似タリ然
ルニ是刑法ニ規定ナル犯罪ニシテ何人モ亦之ヲ目シテ特別法中ノ犯罪ナリト

云フ者ナシ蓋シ此種ノ犯罪ハ管ニ一己人ニ對スル義務ニ反スルノミナラス日本ノ國家ニ對スル義務ニ背反スレハ常ニ之ヲ罰セサル可ラス余ノ解スル所ニ因レハ特別法ハ通常ノ道理ニ依レハ權利モ無ク義務モ亦アルコトナシト雖トモ一國ノ狀態一時ノ形勢ニ因リテ特ニ義務ヲ負ハシムルノ規則ヲ云フ例之ハ質屋條例印稅規則ノ如キハ則チ特別法ナリ而シテ是等ノ規則ハ大概職業ニ關スルモノナルカ故ニ或ハ前述ノ誤ニ陷リタルナラン

論者又曰ク第五條ニ此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アルモノハ各其法律規則ニ從フトアリ此法律規則ハ刑法頒布以前ノモノヲ指シテ頒布以後ノモノヲ云フニ非スト而シテ其理由ニ曰ク凡ソ法律ノ解釋法上普通法ハ特別法ヲ廢スルノ力アルヘク之ニ反シテ特別法ハ普通法ヲ廢スルノ力ナシ是レ一原則ナリ故ニ刑法頒布以後ニ關スル特別規則アリトスレハ此原則ニ因リテ後ノ特別法ハ前ノ普通法ヲ廢シタリト云ハサルヘカラス而シテ刑法頒布以前ノ特別法ハ此刑法ヲ以テ之ヲ廢スルヲ得ス第五條ハ則チ此第二ノ場合ヲ明示シタルナリ

余ハ此說ノ大ニ不可ナルヲ信ス抑モ論者ノ所謂ル解釋法ハ如何ナル場合ニ之ヲ使用スルカ二個ノ法律相抵觸スル場合ニアラサレハ此原則ノ必要ヲ見サルナリ然ルニ第五條ハ毫モ抵觸ナキ場合ヲ豫見シタルナラン何トナレハ此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ正條アル時ハトアルニアラスヤ即チ特別法ノ罰スル所爲ニシテ刑法之ヲ罰セサル場合ヲ想像シタリ此ノ如キ場合ニハ二法律ノ抵觸アリト云フヲ得ス然ラハ則チ何カ故ニ特ニ此第五條ヲ設ケタルカ曰ク世上萬般ノ事項ヲ網羅シテ悉ク刑法中ニ規定スルヲ得サルハ固ヨリ當然ナリ故ニ他ニ法律アリテ或所爲ヲ罰スル決シテ鮮少ナラス是此條アル以所ナリ何ソ必スシモ刑法發布ノ前後ヲ問フヲ要セン但タ若シ此刑法ト特別法ト相抵觸スル時ハ刑法頒布以前ノ特別法ハ刑法之ヲ廢ルヲ得ス又頒布以後ノ特別法ハ之ニ從ハサルヘカラサルハ實ニ或人ノ言ノ如シ然レトモ是レ第二項ノ應用ニアラス

反對論者中刑法第五條第二項ノ法律規則ニ至リテハ刑法頒布ノ前後ヲ問ハスト云フ者アリ余ハ却テ第二項ノ法律規則ハ實ニ刑法頒布後ノモノヲ指サル

可ラスト信ス夫レ刑法ハ刑罰ニ關スル法律ノ普通規則ナリ故ニ若シ特ニ一法律ヲ制定シテ罰則ヲ定ムルトキハ刑法ノ未タ規定セザリシ點ノヨニ止マリ刑法ノ規定シタル所ハ之ヲ刑法ニ讓ルハ當然ナリ殊ニ總則ノ如キハ多ク然リトス立法者カ本項ヲ設ケタルモ之カ爲メナリト信ス然ルニ刑法頒布以前ノ法律規則ニ就テモ尙ホ本項ヲ適用スルトキハ甚シキ不都合ヲ見ルニ至ルヘシ例之ハ刑法頒布前ノ普通法ハ數罪併科ノ主義ヲ採用シタリト假定セヨ其法律現行ノ當時立法者一罰則法ヲ設ケ實ニ數罪併科ヲ欲シタリ然レトモ其當時ノ普通法ハ數罪併科主義ナルカ故ニ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナキカ故ニ總則ヲ設ケザリキ然ルニ其後頒布サレタル刑法ハ數罪併發ノ場合ニハ一罪ノミヲ罰スルヲ原則ト爲セリ此ノ如キ時前ノ法律ニ總則ナキヲ以テ刑法ヲ適用セハ大ニ其法律ノ精神ニ反スヘシ他ノ法律規則ニ總則ヲ設クルト否トハ刑法ノ總則ニ反對スルノ必要アルト否トニ由ル故ニ第二項ノ法律規則ハ刑法以後ノモノト解セサルヲ得ス

其 一

(第一)有[○]意[○]犯[○]無[○]意[○]犯[○] 原則トシテハ人ノ犯罪ヲ爲スヤ必ス意思ト事實トノ二ナ

カルヘカラス然レトモ時トシテハ意思ナクシテ單ニ事實ノミアルモ亦之ヲ罰スルコトアリ例ヘハ傷失殺罪失火罪ノ如シ又違警罪其他特別ノ規則ニ關スル犯罪ニ至テハ多ク所作即チ事實アリテ意思ナキモノヲ罰ス尙ホ此事ハ后ニ至リ詳説スル場合アレハ今ハ此別アルコトヲ示スニ止メン

其 二

(第二)自然[○]犯[○]人[○]定[○]犯[○] 自然[○]犯[○]トハ道理上罰セザルヘカラスル所爲ナリ如何ナル

犯罪ト雖トモ道理上罰セザルヘカラスルノ理アリテ之ヲ罰スルモノナリ然レトモ茲ニ所謂ル自然[○]犯[○]トハ如何ナル國如何ナル時ヲ問ハス苟モ道理心ヲ具有セル人間ノ棲息スル社會ニアリテハ皆之ヲ罰シテ寬假セザルモノヲ云フ之ニ反シ人定[○]犯[○]ハ或時代或場所ニ於テノミ罰スヘキ道理アリテ之ヲ罰スルモノヲ云フ違警罪其他諸規則ニ規定スル罪ノ如シ

(第三)行[○]爲[○]犯[○] 行[○]爲[○]犯[○]トハ犯罪ノ定義ニ付テ事實又ハ所爲ノ語ヲ用ヒタリ左レハ犯罪ハ行爲ノヨニシテ不行爲ノ場合之ナキカ如シ然レトモ深ク思慮スル時ハ不行爲モ亦一ノ事實一ノ所爲ナリ之ヲ名ケテ消極ノ事實ト云フ即チ行爲

其 三

(刑法)

トハ法律ハ禁制ヲ破リタルハ所爲ニシテ爲サハルヘカヲサハルコトヲ爲サハルハ不行爲ハ事實ナリ但不行爲ノ場合ハ刑法上稀ニ見ル所ニシテ例之ハ第七十九條第二、百八十三條及ヒ人身ニ對スル犯罪中子カ父母ヲ奉養セサル罪ノ如キ是レナリ這般ノ罪ヲ構成スルニハ必ス或一ノ義務アル場合即チ法律上道理上必ラス爲サハルヘカヲサル義務アルコトヲ要ス然レトモ凡ソ犯罪ナルモノハ曩キニ云ヘル如ク人ノ權利及ヒ社會ノ安寧ヲ害スルノ所爲ナルヲ以テ多クハ行爲即チ動ノ場合ニアリテハ不行爲即チ不動ノ場合ニ稀有ナリ是レ刑法ニモ不行爲犯罪ノ少クシテ行爲犯罪ノ多キ所以ナリ

(第四)國事犯罪(國事犯罪トハ政權ハ存立又ハ組織ニ害ヲ加フル所爲ヲ云フ第二編第二章ニ規定セル事柄ハ如キ即チ是レナリ此章ノ罪ハ凡テ現存スル政權ヲ顛覆シ又ハ現政府ノ組織ヲ變更セントスルニ在リ第一節外患ニ關スル罪モ時トシテハ直接ニ政府ノ組織ニ關スルコトアルモ時トシテハ其之ニ害ヲ及ボスヤ間接ナリ直接ト間接トノ差ヲ見サルトキハ共ニ國事犯罪ト爲スヲ得第二節

爰ニ一ノ注意スヘキモノアリ嚴重ニ立言スルトキハ如何ニ政權ニ關係スルモ其政權全體ニ關係セサル時ハ國事犯罪トスルヲ得サルヘシ例ヘハ撰舉投票ノ場合ニ賄賂ヲ以テ投票ヲ買フカ如キハ政府ノ組織ヲ侵害シタリト云ヒ得ルカ如キモ之ヲ組織スル一個人ニ害ヲ加フルノミ政權ノ組織自體ヲ害セス故ニ是等ハ國事犯罪ト云フヲ得ス然レトモ佛國ニ於テハ撰舉ニ關スル罪及ヒ出版ニ關スル罪ノ如キハ皆國事犯罪中ニ入レリ余ハ是等ノ罪ハ國事犯罪ニ準スルハ可ナルモ純然タル國事犯罪ト爲ス可ラサルヲ信ス

國事犯罪非國事犯罪ノ區別ハ犯罪ノ性質上必ス無カルヘカヲサル類別ナリ其故ハ國事犯罪ハ時ト國トニ因リテ或ハ有罪トナリ或ハ無罪トナル例之ハ同一所爲ナルモ日本ハ犯罪トシテ之ヲ罰シ米國ハ犯罪トシ之ヲ罰セサルコトアルヘシ尙一層進ンテ同一日本國ニテモ今日ハ國事犯罪トシテ之ヲ罰スルモ一年若クハ二年ノ後却テ其所爲ヲ稱美スルニ至ルコトアラン之ニ反シ非國事犯罪ハ如何ナル時如何ナル國ヲ問ハス常ニ犯罪ヲ組成シ時ハ國トニ因リテ其罪ヲ輕重スルノ理由ナキナリ故ニ此二罪ノ區別ハ性質上必ス無カルヘカラス我刑法ノ下ニ在

リテハ此二罪ノ區別ヨリ生スル效果甚タ少シ其第一ハ裁判管轄位ナリ或例外ノ場合ヲ除ク外國事犯ハ高等法院ニ於テ之ヲ裁判シ非國事犯ハ通常裁判所之ヲ管轄ス第二ノ效果ハ國事犯ハ時ト國トニヨリテ或ハ罪トナリ或ハ罪トナラサルヲ以テ其犯人ノ交付ヲ請求スルモ之ヲ拒絕スルノ權アリ

第五即時犯繼續犯 此犯罪ノ區別ニ付テハ實際上甚タ困難ニシテ諸學者ノ定義モ亦各異ナレリ然レトモ余ノ所見ニ因レハ即時犯トハ犯罪ヲ成就スル所爲、道理上必ス一時ニ遂行スルヲ云ヒ繼續犯トハ犯罪ヲ成就スル所爲多少ノ長時間ヲ經過シ得ルヲ云フ故ニ例ヘハ殺人罪盜罪ハ如キハ即時犯ナリ人ヲ殺スニ刀ヲ以テ斬付ケタルノミヲ以テハ未タ其犯罪ヲ成就シタリト云フヲ得ス其人ノ生命ヲ絶タハ直チニ成就スルモノナリ又物ヲ盜取ルニモ其道程ハ稍永キモ之ヲ成就スル所爲ハ直チニ終了ス而シテ其時間ハ眞ニ瞬間ナルノミ又許可ヲ得シテ勳章ヲ佩用シ又火藥ヲ所持ヲ禁シタルニ之ヲ所持スルハ如キハ繼續犯ナリ是等佩用所持ナル所爲ハ多少ノ時間ニ渉ルヲ得ルハ疑ヲ存セサルヲ然レトモ監視ノ執行ヲ逃ル、罪ノ如キ之ヲシテ執行セサルノ所爲ハ多少ノ

時間ヲ經過スルヲ以テ繼續犯ノ如シ然レトモ余ハ此犯罪ハ即時犯ナリト思フス夫レ一旦監視ノ執行ヲ逃ルレハ爾後多少其時間繼續スルモ逃ル、ノ所爲ハ必ス一分間ニテ成就スレハナリ今監視ヲ逃ル、爲メニ逃奔シ假リニ品川ノ橋ヲ經過スル時ハ其犯罪ノ成就スルモノトセシ其橋ヲ一步越ユレハ犯罪直チニ成就シ以テ以後不執行ノ時間繼續スルハ其結果ナリ又徵兵忌避ノ如キモ何時忌避セシモノナルカヲ知ルハ極メテ困難ナルモ今其忌避ヲ假定スルトキハ其犯罪ハ又直チニ成就スルモノナリ故ニ是等ハ繼續犯ニ非スシテ即時犯ナリ茲ニ最モ疑ハシキ場合ハ重婚ノ罪ナリ婚姻ハ日本ニ在リテハ三々九度ノ儀式ヲ了ヘルヤ直ニ之ヲ了スルモ佛國ニ在リテハ種々ノ方式ヲ履マサルヘカラサルヲ以テ多少時間ヲ繼續シ隨テ其犯罪ハ繼續犯ナルカ如シ然レトモ重婚ノ罪トナルハ式ヲ重テ婚姻スルノ點ニ在リテ互ニ夫婦トナルハ其結果ナリ故ニ此點ニ付テハ議論アルニモ拘ハラス余ハ前ノ定義ニ基キ之ヲ即時犯ナリト決定スルヲ躊躇セサルナリ

繼續犯ニ似テ非ナル者アリ連續犯是ナリ此連續犯ニ關シテハ隨分異論ヲ立ル

其六

モフアルモ余ボアンナト氏ノ説ニ從ヒ即時犯ハ集合ナリト云ハント欲ス繼續犯ハ期滿免除ノ點ニ付テ其訴體ヲ停止スルハ其所爲或時間ニ涉レルヲ以テナリ之ニ反シ連續犯ハ期滿効ヲ停止セス三年間ナリ五年間ナリ同一ノ所爲ヲ爲ストキモ其所爲ヤ一箇一箇斷絶シテ期滿免除ヲ得レハナリ是レ即時犯ノ集合ニアラスシテ何ソヤ而シテ此期滿免除ニ付テノ差異ハ即チ兩犯罪ヲ區別スルノ利益ナリト云フ

(第六) 單素犯 複素犯 此區別ノ例ハ佛國ニ存スルモ當時日本ノ刑法中ニハ存スルコトオシ佛國ニ於テ高利貸ハ一度ノ所爲アルノミニテハ之ヲ罰セス必ス同一ノ所爲ヲ二度以上爲スヲ要ス是レ即チ複素犯ナリ單素犯ハ一所爲アレハ直チニ罪トナルモノヲ云フ日本刑法ニ於テ罰スル犯罪ハ大概單素犯ナリ或註釋者ハ違警罪中制止ヲ肯セスシテ放歌スル罪ヲ以テ複素犯ト爲セリ然レトモ複素犯ハ必ス同一ノ所爲二度アルニ非サレハ之ヲ罰セス違警罪中ノ制止ヲ肯セスシテ放歌シタルノ罪ハ同一ノ所爲二度アリト云フヲ得ス何トナレハ最初ハ制止セラレスシテ後ニ制止セラレタレハナリ此兩犯罪ヲ區別スルノ利益ハ犯

其七

罪成立ノ點ニ在リ即チ一ハ二度同一ノ所爲ヲ要シ一ハ一度ニテ直ニ罰セラルヘシ

(第七) 常事犯罪 軍事犯ハ陸海軍刑法ニテ罰スル罪ニシテ常事犯ハ普通刑法ニテ罰スル罪ヲ云フ此差異ヲ生スル所以ノ理由ハ既ニ説明シタルヲ以テ今又茲ニ贅セス而シテ其差異ノ利益ハ裁判管轄及審理手續ヲ異ニスルニ在リ

以上性質ニ因レル犯罪ノ種類ヲ説了セリ然ルニ尙ホ法定ノ類別アリ

(第八) 重罪 輕罪 違警罪 此ニ類シテ尤モ適當ナル區別ヲ爲サントスレハ重罪ト輕罪トヲ混一スルヲ要ス何トナレハ重罪輕罪ハ概シテ自然ノ犯罪ニシテ其間差異ヲ見ス而シテ違警罪ハ時ト處トニ由リテ或ハ罰シ或ハ罰セサルヲ以テ自然ノ犯罪ト云フヲ得ス故ニ此三種ニ類別スルハ道理上適當ナラス然レトモ立法者カ此區別ヲ爲シタルハ性質上ニヨルニアラス全ク實際上ノ利益アルカ爲メナリ今夫レ人ヲ罰セントスルニハ之ヲ審理シ之ヲ取調フル等ノ手續アリ然ルニ若シ其審理手續ヲ同一ニセンカ重罪ノ手續ヲモ違警罪ニ適用セサルヲ得ス此ノ如キ時ハ事務延滞スルノ弊アリ若シ又違警罪ノ手續ヲ重罪ニ適用スル

其八

トセンカ犯人ヲ逃避セシメ無罪ノ人ヲ酷刑ニ處スルカ如キ危險ノ懼アリ然ラ
ハ萬種ノ犯罪ニ付一々之カ手續ヲ異ニセンカ其煩雜殆ント云フヘカラサルニ
至ラン然ラハ則チ如何スレハ可ナル犯罪ヲ大別シテ數類ト爲シ之カ審理法ヲ
異ニスルノ簡且ツ便ナルニ如カサルナリ而シテ之カ類別ハ四箇ト爲スモ可ナ
リ又五箇ト爲スモ可ナリ我カ刑法ハ之ヲ三箇トナセリ蓋シ佛國刑法ニ模倣セ
タルナリ而シテ重罪輕罪違警罪ハ何ニ因リテ之ヲ定ムルカト各國ノ刑法多クハ皆刑ニ
因テ之ヲ定ム我刑法ハ明カニ之ヲ規定セサルモ自然刑ニ因リテ此三種ノ罪ヲ
分タサルヲ得ス蓋シ第一條ニ重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ立テ第七條乃至第九條
ニ於テ重罪輕罪違警罪ニ科スル刑ノ何タルヲ定メ第二編以下ニ至リテハ何年
以上何年以下ノ重禁錮ニ處ス徒刑ニ處ス懲役ニ處ストアルニ過キサレハ刑ヲ
見テ重罪輕罪違警罪ヲ知ラサルヘカラス而シテ刑ニ因テ罪ヲ定ムルノ適否ハ
前已ニ之ヲ説キタリ

其ノ

其ノ

其ノ

重罪輕罪違警罪ノ區別ハ立法者ノ隨意ニ定ムタルモノナリ然レトモ罪質ノ輕

三罪區別
ノ結果

事實

事實

重ヲ衡リテ之ヲ定メタルヤ疑ナシ故ニ成ルヘク其性質ヲ膜離スヘカラス左レ
ハ實際上酌量減輕等ノ處分ヲ爲スモ其性質重罪ノ刑ヲ當ツヘキモノナルトキ
ハ矢張り重罪トセサルヘカラス

之ヲ要スルニ重罪輕罪違警罪ノ區別ハ性質上ノ區別ニ非スシテ便宜上立法者
ノ定メタルモノナリ今此區別ヨリ生スル結果ハ左ノ如シ

第一裁判管轄ヲ異ニス

第二期滿免除ヲ異ニス公訴及ヒ刑ノ

第三宥恕減輕ノ場合ニ差異アリ

第四再犯ノ場合ニ差異アリ

第五未遂犯ノ場合ニ差異アリ

第六數罪俱發ノ場合ニ差異アリ

第七共犯ノ場合ニ差異アリ

此他治罪法ニ付テ云フモ重罪ハ必ス豫審ヲ要シ輕罪ハ事件ノ輕重難易ニ因リ
テ豫審ヲ要スルト否トヲ定メ違警罪ハ一切豫審ヲ要セス又此區別ニ因リテ裁

(刑法)

未遂犯

判所ノ構成ヲ異ニシ其他證人ノ點等ニ付テ差異アリトス又此點關於罪狀以上述フル所ハ刑法上區別セサルヘカラサルカ如キモノアリ即チ院帶犯非附帶犯及ヒ現行犯ノ區別是レナリ此區別ハ犯罪ノ模様ニ因リテ生スルモノニシテ全ク治罪上ノ便宜ヨリ出テタルモノナリ今爰ニ之ヲ説カス

第二節 未遂犯

未遂犯ヲ説明スルニハ之ヲ上段ニ分ツテ善シトス第一未遂犯事實第二未遂犯ニ科スル刑罰以下順次之ヲ説明セントス

第一未遂犯ノ事實

未遂犯ノ何タルヲ知ルニハ犯罪全ク成就スル迄ニハ幾許ノ階級ヲ經過セサルヘカラサルカラ考究セサルヘカラス今之ヲ段階ヲ認メテ六トナシ曰ク發意決意豫備着手決行及ヒ既遂是ナリ

一 發意 發意ハ犯罪ノ第一ノ動機也其動機重輕ハ罪ノ輕重ニ依リテ決シテ決意ハ發意ノ後ニ起ルモノナリ其動機輕重ハ罪ノ輕重ニ依リテ決シテ決意ハ發意ノ後ニ起ルモノナリ

未遂犯ノ事實

事實

三 發意

發意トハ心衷ニテ或犯罪ヲナサント發企スル初一念ニシテ決意ハ其犯罪ヲ爲スコトヲ決定スルヲ謂フ此發意ト決意ハ全ク無形ナル心意内ノ發作ニシテ有形上ノ所作ニ發表セス故ニ何國ノ刑法ヲ問ハス之ヲ罰スルコトアルヲ聞カス蓋シ此二者ハ概シテ世上ニ禍害ナク隨テ社會ノ權利ヲ破壞セサルヲ以テ之ヲ罰スルノ必要ナキナリ然レトモ未ク全ク世上ニ害ナシト云フヘカラス何トナレハ今余カ決意シテ他人ノ物ヲ竊取セントスト明言セハ世人ヲシテ畏懼心ヲ惹起セシムルヤ必セリ然ラハ即チ世上ニ害ナキヲ以テ之ヲ罰セストノ一事ノミヲ以テハ之カ理由ヲ貫徹セリト云フヲ得ス尙他ニ適當ナル理由ヲ求メサルヘカラス而シテ其理由如何先ツ第一ニ發意及ヒ決意ヲ罰セサルハ舉證ノ困難ナルニ由ル縱令心ニ思ヒ口ニ言フモ之カ證左ヲ舉クル極メテ困難ナリ其舉證ノ困難ナルニモ拘ハラズ強テ之カ證左ヲ舉ケントセハ却テ社會ヲ惑亂シ且ツ其證據ハ始終曖昧ナルヘシ故ニ社會ノ爲メニ却テ甚ク危險ナリ果シテ然ラハ若シ證據ノ明カナル場合ハ如何例之ハ予カ或人ニ向テ何月何日某富豪家ニ闖入シテ竊盜ヲ働カント

(刑法)

手紙ヲ送付シタルトキハ其證據ヤ灼然タリ此場合ハ之ヲ罰スヘキヤ否ヤト云フニ余ハ罰セサルノ優レルヲ信ス其故ハ假令一旦犯罪ヲ心ニ思ヒ愈其心ヲ決スルモ之ヲ遂行スルニ先テ是非善惡ヲ計考シテ或ハ其企圖ヲ止マルヤモ亦知ルヘカラス然ルニ尙ホ其者ヲ處罰スルトセンカ是レ所謂人ノ心ヲ罰スルモノニシテ人ノ意思上ノ罪惡ヲ捉ヘテ刑法上ノ犯罪トスルヲ得サルコトハ向キニ刑罰權ノ基本ヲ論スルニ當リ既ニ之ヲ説明シタリ加之ナラス此等ノ者ヲ罰セサルハ却テ利益アルヲ見ル何トナレハ若シ之ヲ罰スルトセハ既ニ一旦犯罪ヲ決定シタル以上ハ之ヲ遂行スルモ罰セラレ之ヲ遂行シサルモ罰セラレ罰ハ一ナリト思惟シ常ニ其犯罪ヲ成就セサレハ止マラサルヘシ然ルニ之ヲ罰セストセハ今ニシテ之ヲ止マルトキハ法律上尙ホ無垢ノ人間タルヲ得ルヲ以テ其犯罪ヲ止マルノ希望ヲ生スヘクレハナリ

或ハ曰ク内亂ノ隱謀ヲ爲ス者ヲ罰フルハ發意及決意ハ罰セスト云ヘル原則ノ例外ナリト然レトモ此說採ルニ足ラス今若シ内亂ノ點ヨリ見レハ其隱謀ヲ爲ス者ハ決意ナリト云フヲ得然レトモ其所謂決意ノ點ノミヲ看レハ決シテ

決意ノミニ止マラスシテ一個ノ罪ト云フヲ得蓋シ茲ニ所謂隱謀トハ單ニ心中内亂ヲ起サント思念スルノ謂ニ非スシテ未タ兵器彈藥等ヲ準備セサルモ互ニ團集シテ事ヲ相議ス此集合若クハ連絡ノ所爲自体ヲ罰スルナリ夫レ然リ故ニ心中ニ思念スルヲ罰スルトキハ例外ト云フヲ可ナルモ此場合ハ心中ニ思念スルヲ罰スルニアラサレハ之ヲ例外ト云フヲ得サルハ明カナリ

三 豫備

豫備ハ心意ノ範圍ヲ超越セテ所作ニ發現ス即チ人ヲ殺スカ爲メニ刀劍ヲ準備シ竊盜ヲ爲スカ爲メニ梯子ヲ運搬スルカ如シ此等ノ所爲ハ既ニ顯然外形ニ現出スルヲ以テ之ヲ罰スルモ妨ケナキカ曰ク然ラス其犯罪ナリヤ否未タ確實ナラス蓋シ刀劍ヲ砥礪スルハ必スシモ人ヲ殺スカ爲メノミニ限ラス魚鳥ヲ料理シ樹木ヲ採伐シ若クハ鋪蝕ヲ妨クカ爲メナルヤモ知ルヘカラス又梯子ヲ運搬スルハ之ヲ架シテ或家ノ密語ヲ聽聞シ或家ノ庭園ヲ眺望シ又ハ或家ノ者ニ密會スルカ爲メナルヤモ知ルヘカラスナリ更ラニ尙疑ハシキ場合ナレトモ例ヘハ佩刀禁止ノ今日刀劍ヲ佩用シテ歩行スルカ如キ是レナリ此場合ト雖ト

モ尙ホ一犯罪ノ豫備ナリト確認スルヲ得ス暗夜刀劔ヲ佩用スルハ或ハ之ヲ賣物ト爲スカ爲メナルヤモ知ルヘカラス又然ラサルモ其者ノ臆病心ヨリ出ラシヤモ知ルヘカラサレハナリ尙一層進シテ拔刀ヲ提携シ梯子ヲ某家屋ニ横架シタリト假定セシ此場合ト雖トモ其果シテ人ヲ斬ラシカ爲メカ又ハ盜チナサンカ爲メカ之ヲ知ルヲ得ス故ニ豫備ノ所爲ハ犯罪トシテ罰スルヲ得サルナリ然レドモ其所爲ノ不確實ナルカ故ニ之ヲ罰セストモハ若シ確實ナル時即チ拔刀ヲ提携スルハ人ヲ斬ラシカ爲メナルコト又梯子ヲ横架セシハ盜罪ヲ犯サンカ爲メナルコト明白ナル場合ハ之ヲ罰セサヘカラサルニ至ルヘシ然ルニ此場合ト雖トモ之ヲ罰セサルチ原則トス何トナレハ此場合ハ一旦社會ノ畏懼ヲ生シタリトスルモ其害惡小ニシテ且或ハ其所爲ヲ中止スルモ知ルヘカラス此ノ如クナルニモ拘ハラシテ尙ホ之ヲ罰スルトモハ則チ意思ヲ罰シ害ナキ所爲ヲ罰スルニ至レハナリ

或學者ハ豫備ニ付テモ亦之ヲ罰セス原則ニ例外アリトシ強盜ノ豫備ハ即チ脅迫罪ナリ内亂ノ豫備ハ即チ陰謀ナリ竊盜ノ豫備ハ即チ家宅侵入罪ナリト云ヘ

着手

リ然レトモ余ハ之ヲ以テ例外ナリトセス立法者ハ此等ノ所爲ハ一個ノ罪ト爲スニ足ルチ認メテ之ヲ罰ス即チ脅迫ヤ陰謀ヤ家宅侵入ノ如キハ其所爲ノ實質上ヨリシテ社會ノ爲メニ危險ナリ故ニ之ヲ罰スルノミ決シテ他ノ犯罪ノ豫備ノ所爲ナルカ故ニ之ヲ罰スルニアラサルナリ

四 着手

豫備ノ階級ヲ經過スレハ則チ着手ノ範圍ニ達ス既ニ着手ニ到達スレハ決意豫備ノ如クナラスシテ犯罪遂行ノ道途ニ在ルコト確實ナリ故ニ豫備ノ所爲ハ如何ナル所爲ト雖トモ直チニ犯罪ノ準備ナリト推測スルヲ得サルモ着手ノ所爲ハ如何ナル所爲モ犯罪ノ遂行ニ達スル初步ナルコトヲ推測シ得ヘシ然レトモ着手ニ止マル場合ニ於テハ犯罪ヲ中止セント欲セハ之ヲ中止スルヲ得レハ犯罪人或ハ之ヲ中止スルコトナシトセス而シテ若シ之ヲ中止シタルトキハ犯罪アリトシテ其者ヲ罰スヘカラサルハ勿論ナリ然ルニ犯罪ノ結果ヲ顯ハサルハ犯人自ラ中止シタルニアラス他ノ原因ニ由ルトキハ立法者其所爲チ犯罪ノ第一着手ナリト推測シテ各國ノ刑法皆之ヲ罰ス故ニ我刑法モ亦第一百十二條ニ於テ

「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖トモ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」ト規定シタリ蓋シ此條ニ所謂ル「其事ヲ行フト」ハ着手ノ意ナリ已ニ犯罪ニ着手シタル以上ハ縱令ヘ其目的ヲ遂ケ得サリシ時ト雖トモ其原因犯人意外ノ障礙舛錯ニ在ルトキハ之ヲ罰ス故ニ犯人意外ニアラスシテ自ラ之ヲ中止シテ其結果ヲ顯ハサハ、リシトキハ其者ヲ罰セザルコトハ一目瞭然タリ

斯ノ如ク着手ニ違シ而シテ結果ヲ得ルニ至ラスシテ止マリタル時ハ犯人意外ノ障礙ニ原因スレハ之ヲ罰スルモ自ラ之ヲ中止シタル時ハ法律ニ於テ責罰ナシ是レ甚タ單純ニシテ且ツ明白ナリ然レトモ實際上何レノ程度ニマテ違スレハ之ヲ着手トスヘキカト云フノ點ニ至テハ之ヲ識別スル甚タ困難ナリ故ニ佛國ニ在リテハ此等ハ事實ノ問題トシテ一ニ裁判官ノ認定ニ放任セリ日本ニ於テモ亦佛國ノ如ク是レ事實ノ問題ナルヘシ然レトモ其標準ヲ定メサルトキハ甚タ危險ナリ然ラハ如何シテ之ヲ定ムヘキカ曰ク一言ニ約シテ謂フトキハ犯罪ニ直接ナル所爲ヲ着手トスヘシ然レトモ此簡單ナル定解ハ未タ以テ全ク疑

ヲ釋クニ足ラサルナリ何トナレハ如何ナル所爲ヲ直接ナル所爲トナシ如何ナル所爲ヲ直接ナラサル所爲トナス可キカラ知ルニ由ナケレハナリ故ニ余ハ着手トハ犯罪ヲ構成スルニ欠ク可ラサル總テハ要素ニ着手スルヲ云フト言ハントス此定解ニ賴リテ凡テノ場合ヲ決定スレハ大過ナカラシカ例ヘハ詐欺取財ノ罪ニ付テ云ヘハ欺罔ノ手段ヲ爲スニ止マレハ未タ着手ト云フヲ得ス取財ノ所爲ニモ爲シ始メサルヲ要ス何トナレハ詐欺取財ノ罪ハ欺罔ト取財トナリテ構成ノ要素トスレハナリ竊盜ノ場合ニ至リテ之ヲ判別スルコト尙ホ極メテ困難ナリ今竊盜ヲ超ヘ門戸ヲ開ケテ家屋内ニ闖入スレハ是レ豫備ナルカ將タ着手カ或學者ハ着手ナリト云ヘリ然レトモ余ハ此說ニ服従スルヲ得ス夫レ竊盜ヲ豫越シ門戸ヲ開ケハ竊盜ヲナスカ爲メニ必要ナル所爲ニ相違ナシ然レトモ是其所爲ハ構成要素ニアラサルナリ左レハ今一步ヲ進メテ筆筒ノ引出ヲ開ク時ハ如何此時ト雖モ尙豫備ナリ何トナレハ竊盜ヲ構成スルニ密着シテ離ル可カラサル所爲ニ非ス故ニ其所爲或ハ其筆筒内ニ在ル物品ヲ一見スル爲メナルヤモ知ルヘカラサレハナリ故ニ其筆筒内ニ在ル所ノ衣類ナリ其他ノ器具ニ手

ナ接シテ始メテ着手トスヘキナリ或學者ハ單ニ箆箇ノ引出ヲ開クノミヲ以テ着手トシ又或學者ハ箆箇内ノ物品ヲ他ヘ移轉スルノ所爲アラサレハ着手トスルヲ得ストス余ハ其中庸ノ說タル箆箇ノ引出ヲ開イテ其内ニ在ル物品ニ手ヲ觸ルレハ竊盜ノ着手トナスヲ以テ可ナリト信ス然レトモ是レ一般ノ場合ニ就テ立言シタルノミ場合ニヨリ或ハ第三說ノ如クナルコトモナシトセス必竟事實ノ問題ナリ而シテ之カ詳論ハ各論ニ涉ルヲ以テ其場合ニアラス

尙ホ茲ニ一言セサル可カラサルモノアリ刑法第百十二條ニ依レハ罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖トモ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ云々トアリ即チ已ニ犯罪ニ着手スルモ未タ遂ケ得サリシ場合ナ豫見シタルモ如何ナル場合ヲ問ハス苟モ犯罪ニ着手スルモ未タ其目的ヲ遂ケ得サル時ハ皆此條ニ依リテ處斷セサルヘカラサルニアラス其明言スル如ク一旦犯罪ニ着手スルモ他ヨリ支障セラルハカ又ハ其所爲ノ拙ナルヨリ其犯罪ヲ遂行セサリシ場合ニ限レリ是ヲ以テ自ラ刑辟ヲ恐怖スルカ犯人ノ怨恨ヲ畏懼スルカ若クハ前非ヲ悔悟スル等ノ事情アリテ自ラ犯罪ヲ中止シタルトキハ假令ヒ實

害アルモ此條ニ依リテ罰スヘカラス故ニ曾テ五大法律學校聯合討論會ニ於テ討論シタル問題即チ人ヲ謀殺セントシ既ニ其事ニ着手スト雖トモ自ラ其所爲ヲ中止シテ遂ケサル者ノ如キハ余ハ尙ホ前說ヲ維持シテ罰ス可カラスト決定セントス蓋シ此場合ハ人ヲ謀殺スル意思アリシコトハ明瞭ナリ此ノ如キ意思ヲ以テ既ニ一刀ヲ斬付ケ而シテ未タ斬殺シ去ラス中途ニシテ其所爲ヲ自止シタルトセハ既ニ斬付ケタル所爲ハ元ヨリ惡事ニシテ爲メニ生シタル創傷ハ實害タルヲ免レス然レトモ此所爲ヲ罰セントセハ少クモ刑法中新タニ條文ヲ設クルヲ要ス決シテ第百十二條ニ依リ直チニ之ヲ罰スルヲ得ス何トナレハ此條ハ犯人ノ心ニ出テ其罪ヲ遂ケサリシ場合ニ非スシテ心意外ノ事ニ因リテ遂ケ得サリシ者ヲ罰スルニアレハナリ我刑法草案ニ於テハ明文ヲ掲ケテ此等ノ中止犯ヲ罰セタリ然ルニ條正ノ際立法者ハ其條ヲ刪除セリ其之ヲ刪除シタルハ果シテ第百十二條ノ中ニ包含セシムルノ意思ナリシカ若シ然ラハ立法者ハ錯誤タルヲ免レス既ニ錯誤ナリトセハ今日之ヲ罰スル不正ナリ

反對論中稍ヤ價直アル議論アリ其言ニ曰ク竊盜ヲ爲サントシテ人ノ家宅ニ侵

甲 結果ヲ生セス合順ニ據ルニテモ、
 決行トハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル、總テノ所爲ヲ實行スルヲ云フ故ニ例ハ人ヲ斬殺セントスル時人ヲ殺スニ足ル丈刀ヲ下タシテ了リ銃殺セントスル時鉄砲ヲ發シテ了リ毒殺ノ時毒物ヲ飲マシムルカ如キ是レナリ然ラハ犯罪ヲ決行スレハ必ス其効果ヲ生スルカト云フニ決シテ然ラス往々其効果ヲ生セサル場合アリ例之ハ前例ノ場合ニ於テ刀ヲ下シ鉄砲ヲ發シ又ハ毒物ヲ飲マシムルハ十分ニ殺人ニ要スル所爲ヲ盡シタルヤ明カナリ然レトモ彼レ着込ラ着シ居リシカ爲メニ刀入ラス又ハ銃丸反シテ中ラス又ハ消毒藥ヲ以テ其毒ヲ消解スレハ殺人ノ結果ヲ得ス此ノ如キ時ハ如何此場合ハ着手ヨリモ尙ホ一層進ミ其所爲自體ニ就テ見ルモ其意思人ヲ殺スニ在ルヤ一點ノ疑ヲ容レサルナリ故ニ着手ヨリ一段強ク罰セサルカラサルカ如シ然レトモ此場合ト雖トモ亦犯人ノ意志ヨリ出テ、其結果ヲ生セシメサルコトアリ是レ前ニ所謂中止犯ノ場合ト異ナリ蓋シ既ニ全ク其所爲ヲ行ヒ了レハナリ例ハ一且毒藥ヲ飲マシメタルニ悔悟シテ自ラ消毒ヲ投與シ健康ニ回復セシムルカ如キ場合ナリ或ハ曰ク此場

合ニハ之ヲ罰スヘキハ當然ノ事ナリ何トナレハ其人ヲ殺スノ所爲意思共ニ明カナレハナリト然レトモ其被告人ヲ罰セスシテ不可ナルナリト言フヲ得蓋シ若シ之ヲ罰セストスレハ救済ヲ獎勵スルヲ得ルモ之ヲ罰ストスレハ其所爲ヲ遂行シテ遂ニ變顧セサルニ至ルヘケレハナリ但我刑法ハ之ヲ罰スルコト既遂ト異ナルコトナシ

又欠効犯ニ似テ非ナルモノアリ之ヲ不能犯ト云フ不能犯トハ物理上到底犯罪ヲ構成スルヲ得サル所爲ヲ云フ世人カ屢引用スル一例ヲ舉ケンニ暗夜平原ニ於テ人ニ切付ケシニ其物件ハ人ニアラスシテ石地藏ナリシ時ノ如キ是レナリ此場合ハ人ヲ殺スノ意思ヲ以テ人ヲ殺スノ所爲ヲナシタルカ如シト雖トモ石地藏ハ決シテ殺人罪ノ目的物トナルヲ得ス今其現出シタル事實ハ刑法上罰セサル所ノ所爲ナリ故ニ之ヲ扣除スレハ單ニ殺人ノ意思ノミ存ス意思ニ止マルトキハ之ヲ罰セサルヲ原則トスルカ故ニ佛國刑法ヲ始メ我日本刑法草案ニ於テモ之ヲ罰セス又今日ノ現行法モ不能犯ヲ罰セサルノ規定ナリ蓋シ既遂ト未遂トヲ問ハス元ト犯罪ナリトシテ罰スルハ何ノ故ナルカ即チ其所爲危險ナル

カ故ニ非スヤ然ルニ不能犯ハ果シテ害ヲ社會ニ與フルカ社會人民ノ爲メニ危険ナルカト云フニ何等ノ害何等ノ危険アルヲ見ス尤モ人ヲ殺スカ爲メナルニ誤リテ石地藏ヲ切付ケタリト云フヲ以テ見レハ稍危険ナル感想アルモ石地藏ヲ切付タル所爲ノミヲ取リテ之ヲ見ルトキハ少シモ危険トスルニ足ラス即チ人ヲ斬ルハ殺人罪ヲ組成スルノ所爲ナルモ石地藏ヲ切ルノ所爲ハ決シテ何等ノ犯罪ヲ構成セス刑法第一百十二條ニ曰ク「罪ヲ犯サントシテ己ニ其事ヲ行フト雖トモ未タ遂ケサル者」ト即チ未遂犯トシテ罰スルニ罪ヲ行フト雖トモ未タ遂ケサル場合ニ限レリ然ルニ不能犯ノ場合ニ行フ所ハ罪ニ非サルナリ是レ現刑法ニ於テモ不能犯ハ罰スヘカラサル所以ニシテ立法者カ無用トシテ之ヲ削除シタルハ決シテ故ナキニ非サルナリ

前項ノ引例ハ何人モ不能犯ナリトシテ疑ハサル場合ナリ此種ノ不能犯ハ絶體ハ不能犯ト云フ或ハ物體ノ性質ニ因レル不能犯ト云フ物體ノ性質ニ因レル不能犯トハ犯罪ノ目的物ノ性質ヨリシテ道理上如何ニスルモ犯罪ヲ構成スルヲ得サル場合ナリ前例ノ外他人ノ家ニ至リ物品ヲ盜取シ來リタルニ其物品ハ元

ト自己ノ所有ニ属スル場合ノ如キ其犯罪ノ目的物ノ性質如何ニスルモ犯罪ヲ構成セシムルヲ得サルナリ其他一室ヘ鐵砲ヲ打込ミ又ハ鎗ヲ突キ入ル、モ殺サントスル人其室内ニ居ラサリシ場合ノ如キ又死屍ヲ生人ト認メテ斬付クルカ如キ皆此種ノ不能犯タラサルハナシ

尙ホ他ニ不能犯ト稱ス可キモノアリ此不能犯ハ犯罪ノ目的物ハ十分犯罪ヲ組成セシムルヲ得ルモ其方法ノ性質到底犯罪ヲ構成セシムル能ハサルモノナシ云フ例ヘハ或人ヲ毒殺セントシテ毒藥ヲ飲マシメタルニ其飲料ハ毒藥ニアラスシテ砂糖ナリシ是レ或ハ其人ノ滋養トナルコトアルモ決シテ生命ヲ失ハシムルヲ得ヘキ方法ニ非サルナリ之ヲ稱シテ方法ニ因レル不能犯ト云フ人或ハ曰ク物體ニ因レル不能犯ハ決シテ之ヲ罰スヘカラサルモ方法ニ因レル不能犯ハ未遂犯トシテ之ヲ罰スヘシト然レトモ未タ其理由ヲ見ス抑モ不能犯ヲ罰セサルハ其所爲犯罪ニアラサルカ故ニアラスヤ果シテ然ラハ方法ニ因レル不能犯モ亦犯罪ノ所爲ニ非サルカ故ニ之ヲ罰スルコトヲ得ストセサルヘカラス毒物ナリト誤信シテ砂糖ヲ飲マサンカ之ヲ飲ム者ハ響應ヲ受ケタリトコ

ヲ思ヘ決シテ害ヲ受クルコトナシ唯意思ノ惡ムヘキ感想ヲ起スニ止ルノミ均
シク意思ハ惡ムヘキモ犯罪ニアラサル所爲ナルニ石地藏ヲ斬リシハ到底殺シ
得ヘキ物體ニアラサルヲ以テ之ヲ罰スヘカラスト云ヘリ毒藥ナリト誤信シテ
砂糖ヲ飲マシメタルハ之ヲ罰スヘシト爲スハ如何ナル理アルニ由ルカ論者曰
ク石地藏ハ如何ニスルモ殺人ノ結果ヲ生ゼサルモ目的物ニシテ人ナル以上ハ
砂糖ニ代用スルニ眞ノ藥物ヲ以テスレハ則チ其人ヲ殺スヲ得ト誠ニ然リ然レ
トモ若シ石地藏ニ代フルニ人ヲ以テスレハ如何曰ク人ヲ殺スヲ得ヘシ方法ハ
變更シテ假定スルヲ得物體ハ之ヲ許サストノ理ナカルヘシ即チ不能犯ナリヤ
否ヤヲ決定スルニハ現在ノ事實ヲ變セスシテ觀察スルヲ要ス況ンヤ反對論者
モ呪詛ノ不能犯タルヲ疑ハサルヘシ然レトモ是レ亦方法ノ拙ナルニアラスヤ
更ニ疑シキ場合アリ例ヘハ五十町以外ニ達セサル鐵砲ヲ發シテ百町ヲ距ル人
ヲ殺サントシタル場合ノ如シ此場合ハ方法自體ハ人ヲ殺スニ足ル唯之ヲ用フ
ルノ拙ナルヨリ人ヲ殺スヲ得ス是レ不能犯ナリヤ如何或ハ曰ク不能犯ニアラ
スト然レトモ其到底遂クルヲ得サルハ同一ナルカ故ニ不能犯ナリト信ス今尙

ホ論者曰ク石地藏ハ如何ニスルモ殺人ノ結果ヲ生ゼサルモ目的物ニシテ人ナ
ル以上ハ砂糖ニ代用スルニ眞ノ藥物ヲ以テスレハ則チ其人ヲ殺スヲ得ト誠ニ
然リ然レトモ若シ石地藏ニ代フルニ人ヲ以テスレハ如何曰ク人ヲ殺スヲ得ヘ
シ方法ハ變更シテ假定スルヲ得物體ハ之ヲ許サストノ理ナカルヘシ即チ不能
犯ナリヤ否ヤヲ決定スルニハ現在ノ事實ヲ變セスシテ觀察スルヲ要ス況ンヤ
反對論者モ呪詛ノ不能犯タルヲ疑ハサルヘシ然レトモ是レ亦方法ノ拙ナルニ
アラスヤ

上來説來レルカ如ク不能犯ナリヤ否ノ問題ニ付テハ未タ一致セサル點アリテ
之ヲ決スルハ稍々困難ナリト雖トモ左ノ標準ニ依據スルトキハ稍々其困難ヲ
避クルヲ得ヘシ曰ク現ニ使用シタル方法ト其位置ヲ變セスシテ同一ノ物體ニ
同一ノ所爲ヲ反復スレハ結果ヲ生スヘキニ遂ク得サリシトキハ未遂犯トシテ
之ヲ罰スヘシ若シ斯ノ如クニシテ到底遂ク得ヘカラサルトキハ不能犯ニシテ
之ヲ罰スヘカラスト

乙 結果ヲ生ス

(附 法)

罪ヲ犯シテ其結果全ク生シタル時ハ其害ヲ消散セシムルカ爲メ如何ナル手段ヲ盡スト雖トモ決シテ其刑罰ヲ免カル、ヲ得ス故ニ道理上ヨリ云ヘハ既ニ其害ヲ消散セシメタルトキト雖モ尙ホ存在スルトキト同一ニ處罰セサル可ラス何トナレハ一タビ犯罪ヲ爲セタル以上ハ其所爲社會ニ形迹ヲ止メテ到底之ヲ煙滅スルヲ得サレハナリ然レトモ我刑法ハ佛國刑法ト其趣キヲ異ニシ一般ノ自首減輕ナルモノヲ設ケテ少シク之ヲ變更シタリ

我刑法之ヲ設ケタル理由如何或ハ之カ説ヲ爲シテ曰ク蓋シ此規定ヲ爲シタル所以ノモノハ犯人ニシテ自首スルハ其心中前非ヲ悔悟スルニ由ル既ニ悔悟スレハ罪惡消除サレ復タ刑罰ヲ加フルノ必要ナシトノ理ニ由ルト此説純正主義ヲ取リテ刑罰ヲ設クルトキハ至極尤ナル説ナリ然レトモ我刑法ハ折衷主義ヲ取レルヲ以テ此説ニ左擔スル能ハス我立法者ハ單ニ悔悟ノ理由ノミヲ以テ自首減輕ノ理由トナシタルニアラサルヘシ加之ナラス若シ悔悟ヲ以テ自首減輕ノ理由トセンカ眞心悔悟セサル者ト雖トモ亦悔悟ヲ口實トシテ減輕ヲ求ムルニ至ル果シテ然ラハ其目的ヲ達スル能ハサルニ至ラン故ニ日本刑法草案起草者ナ

自首減輕
之理由

ルホ氏ハ自首減輕ヲ採用セシ理由トシテ第一、良民ヲ害スルヲ防シニ在リトス令犯人ノ誰タルヲ知ルヲ得タルトキハ無罪潔白ノ者モ之カ嫌疑ヲ受ケテ無辜ノ線純ニ苦シムルコトナシトセテ有罪者ヲ免スヘカヲサルハ必要ナルモ無罪人ヲ罰スヘカヲサルモ亦必要ナリ此最大ナル理由ハ以テ自首減輕ヲ設ケタル所以ヲ説明スルニ足ルヘシ尙ホ官ノ徒勞ヲ減シ費用ヲ減スルノ一事モ之カ理由トナスヲ得蓋シ犯人自首スルハ捜査ノ勞ヲ執ルヲ要セス隨テ費用ヲ減スルヲ得然レトモ是充分ニ自首減輕ノ正當ヲ証スルヲ得ス即チ附從ノ理由タルニ過キス

自首減輕ノ制度ヲ設ケタル理由ハ以上ニ述ヘタルカ如ク主トシテ無辜ノ人ヲシテ冤枉ニ陷レサラシムルニ在リ故ニ其事件未タ發覺セサル前ニ自首スルニアラサレハ之カ輕減ヲ與ヒサルナリ蓋シ自首スル以前ニ方リ其事件既ニ發覺シタルトキハ假令自首セスト雖モ無罪人ヲ罰スルノ恐レ無ケレハナリ故ニ我刑法ハ第八十五條ニ於テ罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ云々ト規定シ以テ其旨ヲ明ニセリ以上ノ理由ハ本條ニ所謂ル事ナル文字ヲ解セシムヘシ學者中或ハ犯罪ノ事實ヲ指示スト云フモノアリ然レトモ余ハ是レ即チ事件ニシテ犯罪ノ

事實ト犯罪人トヲ總括ス故ニ犯罪ノ事實發顯スルモ犯人未タ知レサル間ハ事未タ發セサルナリ何トナレハ今竊盜ヲ犯ス者アリトセンニ其事實已ニ發覺スルモ其犯人ノ誰タルヲ知リ得サルトキハ尙ホ無辜ヲ歸スルノ恐レアリ故ニ其者自首ヲ爲ストキハ此危險ヲ免レシムレハナリ

尙ホ本條ニ謂フ所ノ官ナル文字ニ就キ一言セサル可ラス之ヲ一讀スレハ總テノ官衙ヲ指スニ似タリト雖トモ決シテ然ラス蓋シ一個人ニ自首スルモ搜查若クハ審判スル所ノ人之ヲ知ラサルハ尙ホ無辜ノ者ヲ罰スル恐アリ故ニ輕減ヲ得ルニハ官ニ自首スルヲ要シタリ然ラハ則チ所謂官トハ犯罪事件ヲ搜查審判スルノ歲權ヲ有スル官衙ナラサル可ラス則チ裁判所警察署ノ如キハ之カ適例ナリ又或事件ノミノ警察權ヲ有スルモノアリ郡役所ノ戸籍ニ關スル犯罪ニ於ケル收稅吏ノ租稅ニ關スル犯罪ニ於ケルカ如シ其事件ニ付テハ是又本條ノ所謂官ナリ

自首ハ官ニ爲スヲ要ス時ニ被害者ニ爲シタル自首ニ因リ輕減スルコトアリ且被害ヲ回復スルトキハ殊ニ多クノ減等ヲ與フ第八十七條ニ曰ク財産ニ對スル

罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同ク云々第八十六條ニ曰ク「財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタルトキハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ一等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖トモ半數以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減スト」故ニ例ヘハ竊盜百圓ノ場合ニ其百圓ヲ携帶シテ自首スルトキハ一等減ノ上尙ホ二等ヲ減ス若シ又五十圓以上ヲ還給スルトキハ一等減ノ上更ラニ一等ヲ減ス即チ都合二等ヲ減スルナリ此條ニ半數以上ト制限シタルハ立法者ノ隨意ニ設ケタル制限ナリ若シ此制限ヲ置カサルトキハ百圓ノ内僅々一厘ヲ還給スル者モ尙ホ二等減ヲ與ヘサルヘカラサルニ至レハナリ而シテ此二條ニ財産ニ對スト云ヒ此種ノ犯罪ニミ例外ヲ設ケタリ蓋シ立法者財産ヲ以テ身体生命ヨリ貴重ナラストナシタルナラン其贓物ヲ返還スレハ全ク損害ヲ償ヒ得ルモ身体生命ニ加ヘタル損害ハ容易ニ全ク之ヲ回復スルコト能ハサレハナリ

犯人自首スルトキハ常ニ一等ヲ減ス然レトモ謀故殺ニ係ルトキハ輕減セスボアンナード氏ハ此例外ヲ行フヲ批難シテ曰ク若シ純正主義ヲ根據トシテ我刑法ヲ

制定セシモノトスレハ是レ或ハ可ナリ蓋シ人ヲ殺スハ害惡ノ極ナレハ後來如何ニ悔悟スト雖トモ減輕ヲ與ヘスシテ可ナルヘシ然レトモ此主義ヲ採用セサル以上ハ謀故殺ヲ犯シタル者コソ却テ自首減輕ヲ與フルノ必要ヲ見ル何トナレハ我刑法犯罪中尤モ危險ニシテ且ツ恐怖スヘキモノハ實ニ謀故殺ナリト爲ス此犯罪重大ナルカ故ニ其治罪ノ手續嚴格ナルハ又當然ナリ是ヲ以テ万一無辜ノ人ヲシテ此冤枉ニ陥ラシムレハ其結果悲慘ヲ極メ甚シキハ生命ヲ絶ツニ至ル故ニ務メテ無辜ノ冤枉ヲ救ハサル可ラス而シテ之ヲ救フノ一方法ハ大ニ自首ヲ懲恩スルニ在リ

以上ハ一般ノ自首減輕ノ場合ナリ時トシテ自首スル時ハ全ク其罪ヲ免スルコトアリ國事ニ關スル罪第二百二十六條信用ヲ害スル罪第二百九十二條ニ於ケル特例ノ如キ是レナリ此等ハ皆ナ着手後未タ全ク遂行セサル以前ニ自首スルモノナルカ故ニ今研究スル所ノ場合ト同シカラス其理由ニ至リテモ亦異ナレリ未遂犯ノ何タルコトハ既ニ之ヲ説了セリ今之ヲ一言ニ約スルトキハ未遂犯トハ犯罪ノ着手ヨリ執行ノ間ニ於テ犯人意外ノ障礙又ハ舛錯ニ因リ其結果ヲ生

シ得サルヲ云フ或人ハ此舛錯ノ文字ニ拘泥シテ方法ニ因レル不能犯モ亦此中ニ包含セシメタリト雖トモ其説ノ不可ナルコトハ已ニ説明シタルヲ以テ今又茲ニ贅セス

未遂犯トハ此ノ如シ此未遂犯ハ重罪タリ輕罪タリ違警罪タルヲ問ハス總テ罰スヘキモノナルカ曰ク否ナ我刑法ハ其第一百三條ニ於テ重罪ノ未遂犯ハ總テ罰シ輕罪ハ特ニ罰スヘキ旨ヲ記載スル場合ニアラサレハ之ヲ罰セストシ違警罪ハ常ニ罰セスト爲シタリ而シテ其理由ハ或人ノ説ニ依レハ重罪ハ必ス罰シ輕罪ハ或場合ニ限り之ヲ罰スルハ重罪ノ犯罪ノ證據ヲ立ツル常ニ容易ナルモ輕罪ハ時トシテ甚タ困難ナル事アレハナリト例ヘハ今刀ヲ揮テ人ヲ斬レハ其者ヲ殺スニアルヤ明カナリ然レトモ故ナク人ノ家宅ニ侵入スルハ物ヲ盜マントスルカ爲メナルヤ將タ只家内ヲ私覽セントスルカ爲メナルヤ判然セス又人ヨリ委托ヲ受ケタル封金ノ封緘ヲ破ルモ其中ノ金圓ヲ消費セシカ爲メナリシヤ又ハ之ヲ一見セシカ爲メナルヤ之ヲ知ルヲ得ス故ニ證據ノ明ナル場合ニ非サレハ罰セサルナリト此ノ說非ナリ何トナレハ證據ノ明白ナルトキハ之ヲ罰

シテ可ナリト云フノ批難ヲ來セハナリ而カモ第二理由ニ依リテ本條ヲ説明スルヲ得ヘシ何ソヤ重罪ハ大概其所爲ノ未遂自ラ害惡ナリ故ニ常ニ之ヲ罰スルモ輕罪ハ其未遂自体必ラス害惡ナリト云フヘカラス故ニ犯罪ニ着手シタルノミニシテ其所爲甚タ危險ナリトスルトキハ之ヲ罰スルモ然ラサル場合ハ之ヲ罰セス故ニ家宅侵入ノ罪委託金費消ノ罪ハ未遂罪ヲ罰セサルモ竊盜ノ罪詐欺取財ノ罪ハ未遂犯ト雖トモ之ヲ罰ス又違警罪ハ如何ナル場合モ未遂犯ヲ罰セス其害惡尤モ微少ナレハナリ

第三節 未遂犯ハ如何ナル刑ヲ以テ之ヲ罰スル乎

着手ノ未遂ハ本刑ヲ科セスシテ幾分カ減等ヲ爲スハ最も至當ナリ蓋シ着手ニ止マリシ時ハ假令立法者ノ推測ニ出ツルトハ云ヘ尙ホ中止シテ遂行セストノ希望アリト云フハ甚タ非理ナラス且未タ全ク其所爲ヲ盡サハルカ故ニ害惡ノ度モ比較上重大ナラサレハナリ之ニ反シテ執行ノ未遂ニ至リテハ毫モ此ノ如

キ理由ヲ見ス何トナレハ此場合ハ已ニ犯罪トナルヘキ所爲ヲ遂行セルカ故ニ之ヲ止メント欲スルモ最早止ルヲ得ス又其盡スヘキ所爲ハ充分ニ之ヲ盡シタレハナリ故ニ此時ハ其顯出シタル所爲及ヒ意思ノ點ヨリ看テ既遂ト同一ニ處罰シテ可ナルカ如シ然レトモ未タ全ク既遂ト同一ニ論定スヘカラサル所アリ即チ害惡ノ寡少ナル點是ナリ害惡ニシテ寡少ナル以上ハ隨テ其刑ヲ輕減スベキハ當然ナリ論者アリ曰ク若シ害惡ノ寡少ナルヲ以テ其刑ヲ減等スヘキモノトスレハ其加害ノ發生スル模様ニ因リテ種々ノ減等ヲ爲サルヘカラサルヘク而シテ此ノ如キハ到底期スヘカラサルノ事ナリ今人ヲ殺スト殺スニ足ル所爲ヲ施シテ之カ結果ヲ見サルトハ社會ノ危險ニ大ニ經庭アルナラン然カモ此等ノ差異ニ因テ一方ニ減等ヲ與フルハ決シテ正理ト云フヲ得ス何トナレハ其所爲自体ハ同シ害惡ノ大ナルモノナレハナリト然レトモ假令ヘ偶然ノ事柄ニ基因スルトスルモ未タ効果ヲ生セザルトキハ直接ナル被害者ニ對シテ危害ノ少キハ明カナリ己ニ危害少シトスレハ其自止ニ出テスシテ偶然ニ出テタルニ拘ラヌ其刑ヲ輕クセサルヘカラサルハ一般ノ道理ナリ加之ノミナラス若シ之レヲ

第二章 犯罪人

遂行シタル場合ト同一ノ刑罰ヲ科スルトセンカ一タヒ犯罪ノ所爲ヲ執行シテ其効果ヲ生セサルトキハ其所爲ヲ再三再四シ其企圖ヲ遂ケサレハ止マサルヘシ何トナレハ之ヲ止息スルモ之ヲ復行スルモ受クル所ノ刑罰一ナレハナリ是レ執行ヲ未遂ニ科スルニ執行既遂ト同一ノ刑ヲ以テスヘカラサル所以ナリ然レトモ着手未遂ト執行未遂トハ其間自ラ異ナルモノアルヲ以テ我刑法草案ニハ之カ規定ヲ別異ニセシモ修正ノ際之ヲ刪除シテ汎漠ニ一等又ハ二等ヲ減スト爲シタリ故ニ之ヲ實際ニ適用スルニ方リ良裁判官ハ着手未遂ハ二等ヲ減シ執行未遂ハ一等ヲ減スルナルヘシト雖トモ或ハ之ニ反スル裁判ヲ下スコトナシトセス然ラハ是レ正確ナル規定ト云フヲ得サルナリ

第一「無罪」第二「減輕」第三「加重」

(前 法)

行爲者ハ其誰タルヲ問ハス必ス犯罪トナルヘキ行爲ノ責任ヲ負フモノニアラス之カ責任ヲ負フニハ全完ノ人タルヲ要ス即チ意思アリ自由アリ且ツ智識ヲ具備スル者ナルヲ要ス若シ犯罪ノ行爲者ニシテ意思ナキトキハ其人ハ恰モ器械ト一般ノミ無心ノ器械ハ刑罰ヲ科スルノ必要アラス故ニ其者モ亦之ヲ罰スルヲ得ス自由又ハ智識ヲ虧欠スル者モ亦然リ縱令意思アリトスルモ其者ニ自由ナク其者ニ智識ナキハ猶ホ禽獸ノコトシ禽獸ハ原ト犯罪トナルヘキ行爲ノ責任ヲ負ヘルモノニアラス故ニ此ノ如キ者モ亦犯罪人トシテ之ヲ罰スルヲ得ス犯罪人トシテ罰スルニハ必ス意思自由及ヒ智識ノ三者ヲ具備スル者ナラサル可ラス又時トシテ幾分カ意思自由及ヒ智識ヲ有シテ罪ヲ犯スモ未タ十分ニ之ヲ有セサルコトアリ是等ノ者ハ全然犯罪ノ責任ヲ免除スルヲ得サルモ亦多少其責任ヲ寛舒セサルヘカラス之ニ反シ十分ニ意思自由智識ヲ具有シ而シテ之ヲ害用スルコト最モ甚シキ者アリ此者ニハ一層嚴刑ヲ加ヘテ其害用ヲ矯正ヒシメサル可ラス故ニ犯罪人ニ付テ講究スヘキ事柄ハ左ノ三點ニアリトス

以下順次之ヲ説明セシ

第一無罪

犯罪人ニハ意思自由知識ノ三内素ヲ要ス故ニ此三者ノ一ヲ缺ケハ則チ仮令ハ犯罪ノ行爲アルモ亦無罪ナリ

第一意思ノ缺欠

意思ナシシテ犯罪ノ行爲ヲ爲シタル者其罪ヲ論セス是レ明白ノ事ナリ然レトモ所謂ル意思ナシトハ如何ナル事ナルヤ是レ解説ヲ要スル所ナリ人或ハ之ヲ以テ他人ヲ害スルノ意ナシト爲スト雖トモ余ハ法律カ禁スル所ノ事柄ヲ爲スノ意ナキノ謂ナリト信ス蓋シ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意思アルモ決シテ他人ヲ害スルノ意思ナキコト往々ニシテ之レアリ例ヘハ偽証ノ罪ノ如シ今罪人ヲ曲庇スルカ爲メニ偽証スルハ法律之ヲ禁ス然ルニ人アリ眞實ニ反スル証言ヲ爲サント思考シテ偽証ス然レトモ元ト犯罪人ヲ曲庇スルカ爲メナレハ其者ヲ憐憫スルノ意思アルモ決シテ害意ナルモノナキナリ此時ト雖トモ法律之ヲ罰ス又家宅侵入ノ罪ノ如キ只或家ヘ入ルノ意思ニテ其家ニ入り他ニ何等ノ害

意ナキコトアルヘシ然レトモ尙ホ之ヲ罰ス故ニ犯罪人ニ要スル所ノ意思ハ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意思ト解スヘク狹隘ナル他人ヲ害スルノ意ト解スヘカラサルヤ明カナリ世犯罪ノ意思ト他人ヲ害スルノ意思トヲ混同スルハ蓋シ故アリ犯罪中其性質上罪ヲ犯スノ意思ト人ヲ害スルノ意思ト相離ル可ラサルモノアリ例ヘハ殺人罪放火罪器物棄毀罪ノ如シ法律ノ禁スル所ハ人ヲ斬リ家ニ放火シ器物ヲ毀壞スルニアリ然ルニ是等ノ所爲多クハ皆人ヲ害スルカ爲メニシテ犯スモノナリ即チ人ヲ殺スノ意火ヲ放ツノ意ハ是レ人ヲ害スルノ意ナリ然レトモ人ヲ害スルノ意ハ決シテ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル原素ニアラサルナリ

刑法第七十七條之ヲ規定シテ曰ク「罪ヲ犯スノ意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」例ヘハ過失殺傷ノ場合ノ如シ今禽獸ヲ撃タントスル意思ヲ以テ鉄砲ヲ發セシニ過テ樵夫ヲ斃セシ時ハ法律ノ禁スル所即チ人ヲ殺スノ意ナシ故ニ特別ノ規定ナケレハ其罪ヲ論セス又學校ノ小使カ講師ニ水ヲ供センカ爲メニ此硝子瓶ヲ把持セシ際過テ墜落シテ毀壞セシ等モ亦之カ一例ナリ其他諸多ノ例アルヘキ

モ今之ヲ枚舉セス而シテ意思ノ缺欠ハ多ク身体財産ニ關スル犯罪ニ於テ之ヲ見ル然レトモ其他ノ犯罪ニ付テモ此場合ノ生スルコトナシトセス例ヘハ甲山十郎ナル者後乙川五郎ト姓名ヲ改メタリ一日他人ヨリ金員ヲ借入ル、ニ當リ甲山十郎ト刻スル印形ヲ押捺シタリ然ルニ他ニ同姓同名ノ者アリテ形跡上乙川五郎恰モ他人ノ印ヲ押捺セテ証券ヲ偽造シタルカ如シ然レトモ乙五郎ヲ罰スルヲ得ス蓋シ偶々舊印ヲ使用シタルモ他人カ甲山十郎ノ姓名ヲ使用シテ證書ヲ造ルノ意思ナケレハナリ

或論者曰ク意思ヲ缺欠スル行爲トハ法律ノ禁シタル行爲ヲ爲スノ意ナキノミナラス何等ノ意思ナキ行爲ヲ云フ例ヘハ馬上ノ人風ノ爲メニ吹き落サレテ馬側ノ人ヲ傷ケ夢中人ヲ打テ死ニ致シタルカ如キ是ナリ過失殺傷ノ如キ無意ノ犯罪ト云フヲ得ス何トナレハ此等ノ行爲ハ尙ホ意アレハナリ例ヘハ犬ニ向テ石ヲ投シタルニ偶々人ニ中リテ傷ケタリトセン元トヨリ人ニ傷ケルノ意アルナシ然レトモ石ヲ投スルノ意アリシハ疑ナシ況ンヤ過失殺傷ノ如キモノヲ無意トスレハ本條第二項ハ無用ノ贅文タルヘキニ於テヲヤ

余此說ニ從フヲ得ス請フ先ツ法文ヲ一讀セヨ罪ヲ犯スノ意ナキ所爲トアルニアラスヤ第一ニ何等ノ意ナキニアラサルヲ知ルヘシ次ニ所爲トハ多少意アルヲ要ス馬上ヨリ吹落サル、如キ枯葉ノ落ルニ異ナラス是レ豈ニ所爲ナランヤ且論者ノ言ノ如クナレハ末段ノ例外ヲ解スルヲ得ス何等ノ意ナキ所爲ヲ罰スルハ我法律ニ其例ヲ見サルノミナラス法理上罰スルコトナカルヘキヲ信ス若シ夫レ第二項ノ如キハ其第一項ノ適用ナルコトハ後ニ是ヲ見ン

或曰ク犯罪人ノ意思ハ之ヲシテ責任ヲ負ハシムルニ要スル一條件ニアラス何トナレハ犯罪中意思ナクシテ刑罰ヲ加ヘラル、モノ往々之レアレハナリト然レトモ犯罪人ニ責任ヲ負ハシムルニハ必ス意思アルヲ要ス意思ナケレハ之ニ責任ヲ負ハシムルヲ得ストハボアツナード氏ノ言ニシテ其說至當ナリ立法者ハ意思ナクシテ罪ヲ犯スモノハ之ヲ罰セストノ規定ヲ爲シタリ然ルニ其意思アルコトヲ要スル所以ノモノハ何リヤ其所爲ハ害惡ナルカ故ニ非ス其犯罪人ヲ懲サンガ爲メナリ左レハ有意犯ニ意思アルコトヲ要スルハ意思ナケレハ犯罪人ニ責任ヲ負ハスヘカラサルニ因ルヤ明ナリ然ラハ即チ意思ハ犯罪ノ事實ニ必

要ナル條件ニ、ア、ラサルモ犯罪人ニ必要ナル條件ト云ハサルヘカラス反對論者ハ意思ナクモ尙ホ責任ヲ負フヘキ場合アリト批難スルモ意思ナクシテ責任ヲ負フハ例外ナリ例外ヲ以テ原則ヲ破ラントスル非理モ亦太甚シト云フヘシ第七十七條第二項ニ曰ク罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯罪シタル者ハ其罪ヲ論セスト本項適用ハ前項ト相併ンテ規定シアルカ故ニ全ク別箇ノ事ノ如シト雖トモ余ハ第一項ナリト斷言スルヲ憚カラス今先ツ之カ例ヲ示サン他人ノ處ニ於テ自己ノ物品ナリト思惟シテ之ヲ持歸リシニ他人ノ所有品ナリシ場合ノ如キ二十年以上ノ成年ナリト信シテ略取シ十二年以上ノ幼者ナリト信シテ誘拐シタルニ二十年以下又ハ十二年以下ナリト信シテ姦通セシニ有夫ノ婦女ナリシ如キ皆ナ罪トシテ罰スヘカラス何トナレハ二十才以上ノ者ヲ略取シ未婚ノ處女ヲ姦通スルハ法律ノ禁スル所ニアラス故ニ其禁スル行爲ヲ爲スノ意ナクレハナリ然レトモ立法者故ラニ此項ヲ設ケタルハ通常無意ノ場合ト少ク異ナル所アレハナリ略取ノ所爲ヤ姦淫ノ所爲ハ皆罪トシ罰スル所ノ行爲ナリ而シテ犯人ハ此行爲ヲ爲スノ意アリ唯二十年以下又ハ有夫タルノ條件ヲ要スル

ニ此條件具備スルコトヲ知ラス故ニ有夫ノ婦女ヲ未婚ノ者ナリト信シテ姦通スルト夫ニ石ヲ投セント欲シテ人ニ傷ケタルトハ其實全ク同一ナルモ外形上同一ナラサルカ如キ觀アリ立法者豫メ世人ノ迷岐ヲ防カンカ爲メニ之ヲ明定シタルニ過キス其第一項ノ適用ニ過キサルハ疑ヲ容ルヘカラス同條第三項ニ曰ク罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得スト此項ハ第二項ノ如ク全然タル適用ニアラサルモ亦第一項ノ精神ヲ適用シテ少異ノ場合ヲ規定シタルナリ例之ハ他人ヲ殺スノ意アリテ其行爲ヲ爲シタルニ後チ其人ヲ見レハ自己ノ父ナリシカ如シ此時ハ普通ノ殺人罪ニ付テハ其意思アリ又其行爲アリト雖トモ父ヲ殺スト云フ點ニ至リテハ其行爲アルモ其意思ナカリシ故ニ此點ノミヨリ觀察スレハ無意犯ナリ然レトモ父モ人ニ相違ナケレハ普通ノ殺人罪トスルニ於テ一點ノ妨ケナシ是本項カ重キニ從テ論セス輕キニ從テ罰ストシタル所以ナリ又放火ノ場合ニ人ノ居住セサル家屋ナリト信シテ放火セシニ人ノ住宅ナリシトキモ亦輕キ放火ノ罪ノミヲ論スヘシ是亦至當ノ例證ナリ

之ヲ要スルニ犯罪ノ意思ナキ所爲ハ犯罪人ニ向テ責任ヲ負ハシムルヲ得ス然レトモ亦之カ例外アリ第七十七條第一項末段ニ曰ク但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限リニ在ラスト彼ノ禽獸ヲ殺サントシテ過テ人ヲ殺セシ場合注意ヲ怠リシ爲メニ火ヲ失シタル場合ノ如キ洵ニ適例ナリ蓋シ此等ノ時ハ其加害者ニ罪ヲ犯スノ意ナキヤ明瞭ナリト雖トモ尙之ヲ處罰ス其他違警罪中此種ノ場合ハ少シトセス

如此例外ヲ規定シタル所以ノモノハ何ゾヤ余ノ考察ニヨレハ之ヲ罰スルノ必要アリテ然ルナリ彼ノ過失殺傷ヲ放火ノ如キハ人ノ生命ヲ絶テ巨万ノ財産ヲ燒盡スルノ結果アルヲ以テ其事ノ危害ナル点ヨリ云ヘハ極メテ重大ニシテ秋毫モ寛假スヘカラサルモノナリ故ニ是等重大ナル危険ノ所爲ハ可成的之ヲ防遏セサルヘカラス但タ如何ニ刑罰ヲ加フルモ到底其危害ヲ防遏スルヲ得サルトキハ其刑罰ヤ何等ノ必要ナシ然レトモ例外ノ場合ハ各人ノ注意ヲ喚起スレハ能ク之ヲ未發ニ防クノ効驗ヲ奏スルヲ得ヘシ唯タ其注意ハ尋常ノ注意ヲ爲サシムルノミニテハ未タ以テ其害ヲ防止スルニ足ラス必ス非常ノ注意ヲ爲サ

シムルヲ要ス而シテ非常ノ注意ヲ爲サシムルニ勢ヒ刑罰ノ制裁ヲ付シテ之ヲ警誡セサルヘカラス是ニ於テカ刑罰ノ必要ヲ見ル例ヘハ余馬車ヲ疾驅シテ往來ノ人ヲ曳殺シ爲メニ一タヒ處罰セラル、時ハ余固ヨリ之ニ懲リテ其後ヲ誠シムヘシ社會モ亦人々互ニ相警醒シテ踴躍自重スルニ至ラン夫レ然リ然レトモ他人ノ所有ニ屬スル物品ヲ自己ノ所有品ナリト信シテ持飯ルカ如キハ縱令如何ナル刑罰ヲ科スルモ其効驗甚タ少カルヘシ故ニ法律モ亦過失竊盜ノ罪ヲ罰スルノ規定ヲ設ケス特ニ此等ノ行爲ヨリ生スル損害ハ容易ニ之ヲ回復スルヲ得ヘシト雖トモ過失殺傷又ハ失火ノ如キハ一旦此殊禍ニ遭遇スル以上ハ決シテ十分ニ之ヲ回復スルヲ得ス是レ第七十七條第一項但書ノ例外アル所以ナリ

社會保存主義ニ依リテ説明スレハ其理由此ノ如シ折衷主義ヲ唱道セルボアリナード氏モ亦余ノ説ト其結論ヲ同一ニセン蓋シ道德上重大ナル危害ノ所爲ハ非常ノ注意ヲ加ヘテ之ヲ行フノ義務アリ若シ此義務ヲ怠ルトキハ實ニ社會ヲ害スルコト甚シキノミナラス亦道德ニ背戾スルコト大ナリ故ニ宜シク刑罰ヲ

加ルテ之ヲ懲戒セサルヘカラス
或論者ハ此例外ヲ引証シテ意思ハ犯罪人ニ責任ヲ負ハシムルノ一原素ニ非スト云フト雖トモ其非理ナルコトハ前既ニ排駁シタルヲ以テ今又茲ニ贅言セス此ノ如ク無意犯ハ注意ヲ意リタシシノミニテ罰セラルルモ有意犯ハ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意アルニ非サレハ之ヲ罰セス已ニ法律ノ禁スル行爲ヲ爲スノ意アルヲ必要トスル以上ハ必ス法律之ヲ禁シ且其者法律ヲ知得シタルヲ要スルナラン若シ日本刑法ニ於テ竊盜ヲ禁制セサルトキハ假令ヘ意アリテ其行爲ヲ爲スモ決シテ其者ヲ罰スルヲ得ス其亦禁制アルモ之ヲ知ラスシテ爲シタルトキハ其者ヲ罰スルヲ得ス其禁制ナルコトヲ熟知シ而シテ其行爲ヲ爲ス者ニシラ始メテ罰スヘキニアラスヤ然レトモ刑法第七十七條末項ニ據レハ法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スハ意ナシト爲スコトヲ得ス下ノ規定アリテ假令ヘ其禁令ヲ知ラサルモ尙之ヲ知レル者トシテ處罰セラルヘシ此規定ハ全ク推測ニ基因シタルモノニシテ單純ナル道理上ヨリ論下スルトキハ眞實ヲ知リタルモノニ非サレハ之ヲ罰スルヲ得ス然ラハ實際知ラサル者ヲ知リタルモノトシ

罪ナルモノハ苟クモ道理心ヲ具フル人ハ皆其所爲ノ惡事ナルコトヲ知リ其所爲ノ行フヘカラサルヲ感シ其行爲ノ罰セラルヘキヲ察スヘシ故ニ知ラサルヲ知レリトシテ之ヲ罰スルモ一概ニ其非ヲ咎ムヘカラス人定ノ犯罪ニ至テハ如何時ト國トニ由リテ或ハ其所爲ヲ禁シ或ハ其所爲ヲ禁セス是ヲ以テ元來法律ヲ知ラサル者ヲ捕ヘ已ニ知リ居ルモノト推測シテ其者ヲ罪辟ニ陷ルハ其太過酷ニ失セサルカ然ラハ其者ヲ無罪トシテ之ヲ罰セザランカ他又大ナル弊害ヲ湧出セン何トナレハ夥多ノ犯人各々法律規則ヲ知ラサルヲ口實トシテ法網ヲ潜脱セントスル者續々トシテ生スヘケレハナリ蓋シ法律ハ社會ノ保存ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ設ク然レハ其目的ヲ達セシムルコトモ亦極メテ必要ナリ然ルニ犯人ニシテ數々法網ヲ潜脱センカ如何ニシテ法律ノ目的ヲ達シ社會ヲ保持スルヲ得ルカ法律ノ目的ヲ達スルヲ得サレハ其法律ヲ全ク徒法タルニ至ラン是レ法律ヲ知ラサルモ知リタリト看做シテ罰スル所以ナリ加之ナラス人定ノ犯罪ニ對スル刑罰ハ皆是レ罰金ニ止マルハ常ナリ故ニ其刑罰ハ無意犯ニ對スルモノニ均シ然ラハ或注意ヲ怠ル者ニ之ヲ科スルモ甚シキ不正ニアラス而

シテ法律ヲ知ラサル者ハ實ニ或義務ヲ怠リシ不注意ノ責ヲ免レス蓋シ一國社會ニ接息シテ其國ノ保護ヲ受クル以上ハ必ス先ツ其國ノ法律ヲ知ラサルヘカヲサルハ一般ノ義務ナリ然ルニ之ヲ知ラスシテ其法律ニ反スルハ全ク其者ノ過失ナリ自己ノ過失ヲ理由トシテ刑辟ヲ免脱セントスルノ不道理ハ決シテ之アルコトナシ故ニ理論上ヨリ觀ルモ本條末項法律ヲ知ラサル者モ之ヲ知レリトシテ罰ストノ規定ハ一概ニ不當ト斷言スルヲ得サルナリ

(第二) 由ノ缺欠 犯人ニシテ自由ヲ缺欠スル以上ハ如何ナル所爲ヲ行フモ之ヲ無罪トスルヲ得ス是レ蓋シ意思ナクシテ犯罪ヲ爲シタルトキト殆ント同一ナル理由ニ基ケリ今夫レ法律ノ禁制スル事ナルカ故ニ之ヲ爲サハラント欲セハ爲サハルコトヲ得ヘク法律ノ許容スル事ナルカ故ニ之ヲ爲サント欲シテ爲スコトヲ得此權能ハ即チ自由ナリ若シ此權能ナシトセンカ如何ナル刑罰ヲ設ケテ之ヲ罰スルモ到底其目的ヲ達スルヲ得ス何トナレハ已レカ爲サハラント欲スレハ則チ之ヲ爲サハルヲ得ル者ニシテ始メテ法律ヲ守ラシムルヲ得ヘク法律ヲ守ルヲ得ル者ニシテ法律ニ違背スルニアラサレハ之カ刑罰ヲ科スルノ

必要ナシ己レ自ラ止メント欲スルモ自止スルヲ得サル者ニ向テハ如何ニスルモ法律ヲ守ラシムルヲ得ス故ニ社會必要ノ点ヨリ云フモ道德上ヨリ云フモ自由ヲ缺欠スル者ニ犯罪ノ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス是レ自由ナクシテ犯シタル所ノ行爲ハ縱令ヒ刑罰ヲ科スヘキモノト雖トモ之ヲ無罪トセサル可ラサル所以ナリ

犯罪人カ其自由ヲ喪失スルハ通常強制ヨリ生スルモノトス而シテ其強制ハ觀察ノ点ニヨリ二様ニ區別スルヲ得第一ハ人爲ノ強制及天然ノ強制ナリ人爲ノ強制トハ他人ヨリ受クル所ノ強制ニシテ天然ノ強制トハ天變地異ヨリ受ル處ノ強制ヲ云フ又第二ハ有形ノ強制及無形ノ強制ナリ有形ノ強制トハ身体上ニ受クル強制ニシテ無形ノ強制トハ心意上ニ受クル強制ナリ我刑法ハ第七十五條及ヒ第七十六條ニ於テ自由ヲ虧欠シタル場合ヲ規定シタリ而シテ第七十五條第一項及第七十六條ハ人爲ノ強制ニ關シ第七十五條第二項ハ天然ノ強制ニ關スルニ似タルモ決シテ此ノ如ク狹隘ニ解釋スルヲ得ス又有有形無形ノ強制ヨリ觀察スルトキハ第七十六條ノ場合ハ多ク有形ノ強制ナクシテ無形ノ強制

ナルヲ疑フヘカラス而シテ第七十五條ハ有形無形ノ強制共ニ之ヲ包含スルモ亦更ニ疑フヘカラサルナリ
第七十六條以外ニ有形ノ強制ヲ見ル場合ハ甚タ稀ナルヘシ然レトモ絶無ト云フヲ得ス今第七十五條第一項ニ就テ之カ例ヲ舉示センニ臂力万人ニ勝レタル強勇ノ者カ鉄砲ヲ執テ無理ニ余ノ手ニ持タシメ而シテ甲者ニ向テ放發セシムル場合ノ如キ又甚タ稀有ナルヘキモ余ノ手ヲ取テ強テ証書ヲ共筆セシムルカ如キ皆是有形ノ強制アル場合ナリ自然ニシテ且有形ノ強制ニ至リテハ其場合一層稀有ナルヘシ然レトモ余十分注意ヲナシテ道路ヲ通行セシニ俄然大風吹來レルカ爲メニ余倒レントシテ他ノ通行人ヲ傷ケタル場合ノ如キ之カ一例ナリ此等ノ場合ハ總テ刑罰ヲ受クルノ責任アルコトナシ
之ニ反シテ實際屢見ル所ノモノハ無形ノ強制ナリ或學者ハ無形ノ強制ヲ受ケテ罪ヲ犯シタル者ハ減輕シテ之ヲ罰スルハ或ハ可ナルヘシ全ク犯罪ノ責任ナキモノトシテ之ヲ無罪トスルニ至リテハ不可ナリト爲ス其言ニ曰ク身体上ニ強制ヲ受クルニ非スシテ單ニ心意上ニ強制ヲ受クルトキハ被強制者ハ強制ノ

犠牲トナルモ犯罪ヲ峻拒スルト強制ノ奴隸トナリテ罪犯ヲ行フト執レカ其一ヲ撰擇スルノ自由ヲ有スルハ疑ヲ容レズ而シテ人此ノ如キ境遇ニ際會セシトキハ人間ノ德義上何處マテモ其心ヲ剛毅ニシ縱令ヒ己レノ生命ヲ絶タルニ至ルト雖トモ尙ホ犯罪ヲ行ハサルノ方向ヲ撰擇セサルヘカラス然ルチ強制ノ爲メ遂ニ犯罪ヲ行フニ至ルハ當然自ラ犯意ヲ惹起セシニ非スト雖トモ尙ホ全ク自由ヲ缺欠シタリト云フコトヲ得ス是ヲ以テ其者全ク責任ヲ免ル可ラサルハ事理上當サニ然ラサルヘカラサル所ナリト然レトモ余ハ此論ニ服從スルヲ得ス他人ヨリ強制ヲ受クルモ其身ヲ殺シテ犯罪ヲ爲サルカ又ハ生命ヲ惜ンテ犯罪ヲ爲スカ二者其一ヲ撰擇スルノ自由ハ十分之レアラン然ルニ此場合ニ身ヲ全フシテ犯罪ヲ行フハ眞實ナル自由ハ發行ナリト云フヲ得ルカ強制ノ束縛アルカ爲メ止ムコトヲ得ス犯罪ヲ行フノ惡方向ヲ撰擇シタリ是豈ニ眞正ニ自由アリト云フヲ得ンヤ且此ノ如キ場合ニ自由アリトシテ善方ヲ取ラサルヲ責ムレハ各人ニ義勇ノ美德ヲ望ムモノナリ人ヲ責メテ美德ヲ行ハシムルハ道德ニシテ法律ノ間フ可ラサル所ナリ故ニ日本刑法ハ勿論何國ノ刑法モ反對者アルニ

拘ハラス無形ノ強制ヲ受ケテ爲シタル所爲ハ刑罰ノ責任ナキモノト爲セリ
 ○注意一強制アリテ自由ヲ失フト云フヲ得ルニ付テハ其強制ハ決シテ抗拒スヘ
 カラサルヲ要ス(第七十五條第一項及第七十六條然ルニ抗拒スヘカラスト
 ハ事實ハ人々ニ因リテ各異ナルモノナレハ決シテ同一ノ強制ヨリ同一ノ推
 定ヲ爲スヘカラス例ヘハ勇豪ノ者ハ斯々ノ犯罪ヲ行ハサルトキハ殺ス可シ
 ト追ラルトモ少シモ恐怖セサルモ知ルヘカラスト雖トモ怯弱ノ者ハ單ニ打
 毆ノ勢ヲ示シタルノミニテ深ク畏懼シ之カ爲メ其自由ヲ失フコトナシトセ
 ス故ニ其強制アリシヤ否ヤヲ認定スルヤ強制ヲ受ケタル者ノ性質年齢及強
 制セントシタル場所トヲ詳知セサルヘカラス即チ強制アリシヤ否ヤヲ知ル
 ハ必竟事實ノ問題ニ属スルモノトス

○注意二強制ハ常ニ他人ヨリ受ルニアラサレハ強制ト云フコトヲ得ス故ニ自己
 ノ情欲ヲ強制スルヲ得サル如キハ強制ニアラサルナリ例ヘハ激怒ノ餘リ是
 非善惡ヲ考量セスシテ爲シタル行爲ノ如キハ無形ノ強制アリタルモノトシ
 テ其行爲ヲ論シテ無罪トスルヲ得ス是殺傷ニ關スル特別ノ宥恕ノ規定アル

ヲ見ルモ明カナリ即チ本夫カ姦所ニ於テ姦夫姦婦ヲ殺傷セシ場合ノ如キ若
 シ本夫ノ怒情ニ制セラレノ點ヨリ看察スルトキハ甚タ強制ナルニ似タリ
 ト雖トモ刑法ハ之ヲ強制ナリトセスシテ單ニ其罪ヲ宥恕スルニ止メタリ
 以上抗拒スヘカラサル強制ニ因リテ自由ヲ喪失スルコトニ付テノ大体ヲ見
 タリ尙ホ自由ヲ失フ場合ヲ詳密ニ講究スルニハ強制ニ脅嚇ヨリ生スルモノ
 危害ヲ免カレントスルヨリ生スルモノ及ヒ命令ヨリ生スルモノアレハ此三
 箇ノ場合ヲ分テ研究セサル可カラス

第一 脅嚇ヨリ生スル強制 此強制ヲ與フル原因ニ二種アリ暴行脅迫即チ是
 ナリ夫レ暴行又ハ脅迫ヲ受ケ如何ニスルモ抗拒スル能ハスシテ犯シタル所罪
 ハ總テ無罪トセサルヘカラス尙トナレハ抗拒スヘカラサル強制ヲ與フル所ノ
 暴行脅迫ハ多ク人ヲシテ其生命若クハ身体ニ及フヘキ危害ヲ感セシム而シテ
 生命ヲ放擲シ身体ノ負傷ヲ顧慮セスシテ泰然罪ヲ犯サハ眞ニ有徳ノ人ニア
 ラサレハ克シスルコトヲ得サレハナリ即チ其所爲ハ自由ナキヨリ眞意ニ反ス
 ルモノナレハナリ第七十五條第一項ニヨリ其意ニアラサルハ所爲トハ蓋シ自
 (附 法)

己ハ眞意ニ出テサル所爲ノ謂ナリ
斯ノ如ク生命ヲ害シ身体ヲ傷ケントスル暴行脅迫ヲ受ケ犯罪トナルヘキ所爲
ヲ行フタルトキハ其者ヲ無罪トセサル可ラサルハ毫モ疑ヲ容レズ今若シ其暴
行脅迫ニシテ財産ニ危害ヲ及ホサントスル形状ナルトキハ如何一概ニ無罪ト
スルコトヲ得サルノミナラス却テ此場合ハ多ク犯罪ヲ構成スト云ハ、眞ニ庶
幾カラシ然レトモ是必覺事實ノ問題ニ属ス何トナレハ此種ノ暴行脅迫モ亦往
々人ノ自由ヲ奪フニ足ルコトアレハナリ例之ハ今甲者アリ乙者ニ向ヒ汝丙某
ヲ殺セ若シ之ヲ殺サハルトキハ予ハ汝ノ壘ヲ破リ汝ノ障子ヲ毀タント云ハン
カ是決シテ乙者ノ自由ヲ壓屈スルニ足ラス何トナレハ低廉ノ家具ヲ失フモ極
惡ナル犯罪ヲ爲サハルハ世間通常ノ事ナレハナリ然レトモ若シ前例ヲ變シテ
汝汝ノ隣人某ヲ暗殺セヨ若シ予ノ言ニ從ハサレハ汝ノ家屋ヲ燒盡スヘシ
ト云ハンカ此脅迫ハ十分其者ノ自由ヲ壓屈スルニ足ラン何トナレハ此ノ如キ
時ニ際シテ縱令ヒ自己ノ家屋ヲ燒盡セラルモ隣人ノ生命ヲ絶ツ勿レト云フハ
自己ノ生命ヲ放擲スルモ罪ヲ犯ス勿レト云フト大差ナカレハナリ故ニ

第二ノ場合ニ於テハ財産ニ對スル強迫ナリト雖トモ尙ホ抗拒スヘカラサル強
制アリテ自由ヲ失ヘルモノトシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ

次ニ暴行ニシテ他人ニ及フヘシ自己ノ身体ニ關セサルトキモ亦抗拒スヘカラ
サル強制アリト云フヲ得ルカ例之ハ汝某家ニ闖入シテ家財ヲ盜奪セサレハ予
汝ノ子ヲ斬殺セント云フガ如シ是尙ホ抗拒スヘカラサル強制ト云フヲ得ルカ
本例ノ如ク暴行ヲ受クル者被脅迫者ノ親屬ニ係ルトキハ勿論其他二人ノ關係
ト重大ナル畏懼ヲ懷カシムルニ足ルト看做シ得ルトキハ其犯罪人ハ自由ヲ飲
キタリトシテ無罪トスルコトヲ得ルハ例ニ依リテハ然ラハ暴行脅迫ノ行為人ノ生命ヲ害シ身体ヲ傷ケントスルカ又ハ自由ヲ壓屈
然ラハ暴行脅迫ノ行為人ノ生命ヲ害シ身体ヲ傷ケントスルカ又ハ自由ヲ壓屈
スルニ足ルヘキ恐怖ヲ生セシメタル場合ハ總シテ抗拒スヘカラサル強制アリ
ト云フヲ得ルカ曰ク否只之ノミヲ以テハ未タ爾カク斷定スルヲ得サルナリ即
チ其暴行脅迫ト犯罪トナルヘキ行為ハ同時ナラサル可カラス故ニ例ヘハ汝明
日某倉庫ニ入りテ貨物ヲ盜奪シ來ラサレハ他日予ハ汝ノ生命ヲ取ラント云ハ
、概シテ抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ス何トナレハ其暴行脅迫ハ之

抗拒ニシテ強制ニ依リテハ其罪ヲ免スルコトヲ得ルハ例ニ依リテハ然ラハ暴行脅迫ノ行為人ノ生命ヲ害シ身体ヲ傷ケントスルカ又ハ自由ヲ壓屈スルニ足ルヘキ恐怖ヲ生セシメタル場合ハ總シテ抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ルカ曰ク否只之ノミヲ以テハ未タ爾カク斷定スルヲ得サルナリ即チ其暴行脅迫ト犯罪トナルヘキ行為ハ同時ナラサル可カラス故ニ例ヘハ汝明日某倉庫ニ入りテ貨物ヲ盜奪シ來ラサレハ他日予ハ汝ノ生命ヲ取ラント云ハ、概シテ抗拒スヘカラサル強制アリト云フヲ得ス何トナレハ其暴行脅迫ハ之

抗拒ニシテ強行ハ何レモ正當なる抗拒ナリ且月夜時或ハ抗拒ナリ

二百五十八

ヲ免ルハコトヲ得サルニ非サレハナリ加之ノミナラス犯罪ナルヘキ行為ハ脅迫ト同時ナルモ尙ホ未タ抗拒スヘカサル強制アリト云フヲ得ス脅迫スル危害ノ實行モ亦犯罪ト同時ナルノ觀アルコトヲ要ス即チ多少現時ノ危害ナラサルヘカラス是故ニ汝今隣家ニ入テ某々ノ財産ヲ盜取スヘシ若シ盜取セサレハ予明日汝ノ生命ヲ絶タント云フ如キハ其脅嚇ト犯罪ハ同時ナルモ其危害ノ至ルヘキハ翌日ナルヲ以テ假設ヒ其云フ所ニ從ハサルモ危害ハ之ヲ防禦スルヲ得ヘシ故ニ抗拒スヘカサル強制ト云フコトヲ得ス脅迫ニヨリ生センコトヲ恐ルハ危害ハ犯罪ト同時ナラサルヘカラス然レトモ其危害ハ常ニ犯罪ト同時ナラサルヘカラスト云ハハ大ニ語弊アルヲ免レス蓋シ第一ニ汝今某人ヲ殺害セサレハ予此秋水ヲ以テ汝ノ頭ヲ刎チント云フモ其危害ハ未タ焦眉ニ切迫セリト云フヲ得ス第二假令ヒ危害ハ現時ナラサルモ自由ヲ奪フコトアルヘケレハナリ故ニ上來ノ事ハ通常ノ場合ニ就テ概言シタルヲ注意スヘシ

以上第一ノ強制ヲ説了セリ此強制ニ因リテ罪ヲ犯シタルトキハ無罪ナルコトハ第七十五條第一項ニ之ヲ規定ス故ニ本項ニ其罪ヲ論セストアルハ罪アルモ

抗拒ニシテ強行ハ何レモ正當なる抗拒ナリ

之ヲ問ハスト云フノ意ニアラスシテ罪トシ罰セスト云フ意義ニ解スヘシ

〔第二〕 危害ヲ避ケントスルヨリ生スル強制 第七十五條第二項ニ曰ク天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカサル危険ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲亦同シト故ニ天災其他ノ事變ニシテ自己ノ豫想セサル危険ニ遭遇シ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行フニアラサレハ是等ノ變難ヲ避クルヲ得サルトキハ其所爲ハ實ニ自由ヲ缺欠シタルニ出ツルモノナルヲ以テ之ヲ無罪トセサルヘカラス何トナレハ人ノ保護セント欲スルモノハ種々アリト雖トモ身体生命ハ其中ニ就テ最トモ人ノ保タントスル所ノモノナリ且此身體生命ニ及フ所ノ危険ハ多ク直チニ之ヲ防カサレハ容易ニ避クルコトヲ得ス故ニ此種ノ危険ニ遭際シテ他人ヲ害スル行為ヲ行フハ自己ノ防衛上已ムヲ得サルニ因リ即チ其意ニアラサルノ所爲ナリ

所謂ル天災ノ危険トハ如何ナル場合ヲ云フカ今先ツ通常人ヲ引用スル一例ヲ舉ゲテ之ヲ示サン一日甲乙ノ二人海ニ孤舟ヲ泛ヘ魚鰕ヲ釣ランカ爲メニ錨ヲ卸セシニ暴風驟カニ怒濤ヲ揚ケ來リ將ニ其船ヲ覆沒セントシ若シ一人ノ生命

(利 法)

二百五十九

ヲ全セント欲セハ他ノ一人ヲ海ニ擠セサルヘカラスト是ニ於テ甲乙ヲ擠シテ海底ニ沈メ因テ自己ノ生命ヲ失ハサルカ如キ是ナリ其他洪水ノ起リタル場合ニ漸シ一人ヲ通行セシムル道路ヲ奔リ死生ノ間僅カニ一髪ヲ存スルトキ己レ他ヲ倒シテ其生命ヲ全セシ場合ノ如キモ亦天變ノ危険ト云フヘキナリ然ラハ意外ノ危難トハ何ツヤ例ヘハ戰大ニ敗レ敵軍急ニ追撃シ來リ徒歩ニテハ到底遁ルハコトヲ得サル時ニ方リ偶馬上ノ軍人ヲ見之ヲ殺害シテ其馬ヲ奪ヒ之ニ跨リ以テ自己ノ生命ヲ全フシタル場合ノ如キハ即チ人事ノ變難ニ遭遇スル場合ナリ是等ノ場合ハ皆自由ヲ虧欠シタル所爲ナリトシテ之ヲ無罪トセサル可ラス

今第二項ニ依レハ自己ノ身体ノミナラス親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲モ亦其罪ヲ論セス蓋シ自己ノ生命ヲ防衛スルトキハ之ヲ無罪トシテ妨クナカルヘシ然レトモ親屬ノ生命ヲ救援スルカ爲メニ他人ヲ殺害スルカ如キ時モ之ヲ無罪トスルハ何ノ故ナルカ之カ理由ヲ説明スル稍々困難ナルニ似タリト雖トモ又其理由ナキニアラス先ツ單純ナル普通ノ道理上ヨリ之ヲ探究スル時ハ一点

ノ疑ヲ存セサルナリ何トナレハ親屬ハ其關係特ニ親密ナルハ常ナリ故ニ他人ニ比スレハ其危難ヲ救援セントスルハ切ナルヘシ隨テ他人ノ損害ヲ顧慮セスシテ親屬ノ危害ヲ除カントスルハ誠ニ人ノ免カル可ラサル所ナリ是即チ其所爲ノ犯罪トナルヘキト雖トモ之ヲ罰セサル所以ナリ加之ナラス親密ナル親屬ニシテ一朝避クヘカラサル危難ニ遭遇セシ場合ニ當リ之ヲ救援スルノ熱心ナルヨリ止ムヲ得ス他人ヲ殺スカ如キニ至ルハ實ニ其意ニアテサル所爲ナリ即チ自由欲欠ノ所爲ト云フヲ得ヘシ然シ是レ法ノ推定ナレハ時ニ或ハ自由ヲ失ハサル所爲モ亦之ヲ罪トシ罰セサルコトナシトセス

本項ニ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出テタル所爲トアリ是レ制限ノ文字ナレハ朋友ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所爲ハ本項中ニ入ラサルナリ然レトモ余ノ論理ニ依レハ縱令ヒ朋友ノ危難ヲ拯救スル場合ト雖トモ猶ホ親屬ヲ拯救スルト同一ノ感情ヲ以テスルコトアルヘシ此ノ如キ時ハ其心神上ニ強制ヲ受ルコト毫モ親屬ノ場合ト徑庭ナキヲ以テ是亦無罪トセサルヘカラスト是故ニ朋友ト雖トモ親愛ノ情骨肉ニ勝リ其者ノ危害ニシテ十分強制ヲ與フルニ足ルト

妻ノ困憊ハ原ト其者ノ自業自得ニシテ少シモ憐憫ヲ加フルノ謂ハレナキナリ
 加之ナラス若シ此等ノ者ヲ無罪トスルトキハ何人モ勞働シテ世計ヲ營ム者ナク
 竟ニ社會ノ安寧ヲ擾乱スルニ至ラン第二說ニ曰ク成程凍餒ノ苦礎ヲ嘗ムルハ
 或ハ其者ノ懶惰ヨリ生セシモノナラン然レトモ此理由ノミヲ以テハ未タ此間
 題ヲ解明スルニ足ラス本問題ノ主眼ハ斯ノ如ク凍餒ノ餘リ他人ノ衣食ヲ掠奪
 シタルハ則チ自由ヲ欲シタルニ出ツルヤ否ヤヲ研究スルニ今一椀ノ飯ヲ喫
 食セサレハ必ス死スト云フカ如キ場合ニ他人一粒タモ之ニ惠恤スル者無シト
 仮定セヨ此ノ如キ時ハ其餓死ニ瀕スル者ハ何等ノ強制ヲ受クス又毫モ自由ヲ
 失ハスト云フヲ得ヘキカ原ト自己ノ生命ヲ保護スルハ各人天賦ノ性情ナル以
 上ハ決シテ強制ヲ受クス自由ヲ失ハスト云フヲ得サルナリ果シテ然ラハ其強
 制ヲ受ク自由ヲ失フハ原ト懶惰ナルニ出ツルトスルモ是レ遠因ナリ故ニ之ヲ無
 罪トセサルヘカラス且ツ又反對論者ハ社會ノ爲メニ危險ナリト云フモ其危險ナ
 ルヤ否ヤハ証據上ノ事ニシテ本論ニ關係ナキナリ良シヤ一步ヲ讓リテ果シテ
 危險ナリトスルモ實際自由ヲ失フタル事實ヲ煙滅シ去ルハ決シテ正シキヲ得

生命令ヨリ
 生スル強
 制

タルモノナリト云フヲ得ス

此ノ如ク二說相持シテ互ニ一致セサルモ實際上凍餒ニ切迫シテ今ヤ死セント
 スルトキニ際スルモ之ヲ惠恤セサルハ恰ント稀有ナレハ社會ノ進歩スルニ隨
 結ヒ局此議論ノ價值ヲ失フニ至ルナラン

第三命令ヨリ生スル強制 命令ニ二種アリ曰ク法律ノ命令曰ク上官ノ命令是
 ナリ法律ノ命令トハ裁判官カ禁錮ヲ命スルカ如キ司法大臣カ天皇ニ奏請シテ
 犯罪人ヲ絞殺スルカ如キ皆法律ノ命令ナリ蓋シ殺人ノ所爲監禁ノ所爲ハ素ト
 罪トナルヘキ所爲ナリ然レトモ法律命令ヲ行フカ故ニ罪ニアラス盡シ法律ノ
 禁止ニ背戾シテ始メテ罪トナルヘケレハナリ故ニ此ノ如キ場合ハ第七十六條
 ノ規定外ニアリ此條ノ精神ハ上官ノ命令正當ナラス而シテ其命令ニ從ヒ爲シ
 タル行爲罪トナルヘキ場合即チ威權ノ命令ニテ犯罪ナ爲シタル場合ハ規定ス
 若シ上官ノ命令ニシテ正當ナル場合即チ彼ノ裁判所ノ書記カ所長ヨリ兵隊ヲ
 召集シ來レト云フカ如キハ正當ナル命令ニアラサルモ裁判官ハ裁判官ノ出ス
 ヘキ命令將士ハ將士ノ出スヘキ命令ヲ下シ而シテ下吏其命令ヲ遵奉スルハ當

第一場合

然ニシテ其罪タラサル又毫モ疑ナキナリ若シ其命令不正當ナレハ始メテ第七十六條ヲ適用ス而シテ之ヲ適用スルニハ下吏其命令ノ不正ヲ識別シテ正當ナル命令ヲ遵奉スルヲ要スルカ將タ正不正ヲ問ハス命令ヲ遵奉セシノミヲ以テ足レリトスルカ今此事ヲ明ニセントスレハ兵事ニ關スルト通常ノ行政ニ關スルトヲ區分セサル可ラス

(第一場合)兵事ニ關スル命令 凡ソ將校ノ下ニ服從スル所ノ兵士ハ其上長官タル將校カ出ス所ノ命令ナレハ如何ナル命令ナルヲ問ハス總テ之ヲ執行セサルヘカラサル義務アルカ此ノ點ニ付テハ佛國ノ學者間ニ議論一定セサルカ如シ或ハ曰ク軍隊ノ性質上ヨリ云フトキハ命令ノ正否ニ因リテ或ハ罪トシ或ハ罪トセスト云フコトヲ得ス何トナレハ兵事ニ關スル命令ハ極メテ嚴肅ナルヲ要スレハ下級ノ者ハ必ス上級ナル將校ノ命令ヲ遵奉セサルヲ得サレハナリ加之ナラス兵事ニ關スル命令ハ時トシテ甚タ急速ヲ要スルコトアリ此ノ如キ時ハ將校カ出ス所ノ命令ハ果シテ正當ナリヤ將タ不正當ナルヤヲ識別スルヲ得サルナリ是故ニ下級ノ者ニシテ苟クモ將校ノ命令ニ從フテ爲シタルトキハ如何

ナル所爲ト雖トモ罪トナラサルナリト之ニ反對スル者ノ說ニ曰ク元ト法律ナルモノハ自己ノ生命ヲ抛擲スルモ尙ホ犯罪トナルヘキ所爲ヲ爲スヘカラスト云フカ如キノ難キナ人ニ責ムルヲ得サルヘシ然レトモ又一方ヨリ見ルトキハ人間ハ決シテ機械ト同一視スルコトヲ得ヘカラサルヤ論ヲ竣タス故ニ法律ノ人ヲ待ツヤ意思アリ自由アリ識別アルモノトスルコト亦勿論ナリ然ルニ若シ第一說ニ從フトキハ兵卒ノ如キ將校ノ下級ニ居ル者ハ之ヲ器械ト同一視セサルヘカラサルニ至ラン是レ不當ノ太甚シキモノナリ且法律ハ威權者ノ命令ヲ遵奉スヘキ者ニ向テ其威權者ハ果シテ正當命令ヲ發スルノ權能アリヤ否ヤヲ辨別スヘシト命シタル點ニ付テハ異論ナシ然ラハ其威權者ノ發スル命令ノ正否モ亦之ヲ甄別シ得サルノ理ナシ故ニ縱令長官ノ命令ニ服從シテ爲シタル所爲ト雖トモ上官ハ正當ノ命令者ニシテ且ツ其發スル所ノ命令モ亦正當ナルトキニ非サレハ決シテ第七十六條ヲ適用スルコトヲ得ス

若シ此第二說ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノトスレハ第七十六條ハ全ク徒法トナラシ蓋シ善命令ト思惟スレハ之ニ服從シ惡命令ト思惟スレハ之ヲ拒絕スルハ自

第二場合

己ノ智能自由ヲ使用シテ發スル所ノ所爲ナレハ自由ヲ缺キタリト云フヲ得ス
即チ假令ヒ罪ナシトスルモ他ノ理由アルニ因ル自由ノ有無ヲ問ハサルナリ予
ノ信スル所ニ依レハ第七十六條ヲ適用スル場合ハ不正當ナル命令ナルモ皮相
ヨリ一見スレハ正當ナルカ如キ狀態ヲ呈セル命令ニ服從シタル時ニ在リ故ニ
例ヘハ將校カ兵士ニ對シテ汝某人ヲ斬殺スヘシト命スルカ如キハ一目シテ其
不正當ナルコトヲ知リ得ルヲ以テ此ノ如キ時ハ其命令ヲ拒絕スルヲ得然レト
モ將校カ隱ニ叛逆ヲ企ツル目的ヲ有シ兵士ニ出陣ヲ命スルカ如キハ則チ第七
十六條ヲ適用シテ之ヲ無罪トセサルヘカラス

(第二) 場合行政ニ關スル命令 此場合ニ於テハ兵事ニ關スル命令ニ比シテ第
七十六條ヲ適用シ得ヘキノ範圍更ニ狹隘ナルヲ見ル何トナレハ行政ニ關スル
命令ハ假令ヒ下僚ハ上官ノ命令ニ服從セサル可ラスト云フモ其紀律ハ軍隊ノ
如ク嚴格ナラスシテ命令ノ執行モ亦兵事ノ如ク迅速ヲ要スル事稀ナリ故ニ命
令ノ曲直正否ヲ計考スルノ猶豫アレハナリ故ニ第一ノ場合ニ付テ第一說ヲ爲
ス者ノ說ニ據ルモ此命令モ威權者モ共ニ正當ナルヲ要スト爲ス況ンヤ第二說

ノ如キハ兵事ニ關スル命令ト雖トモ尙ホ且二者ノ正當ナルヲ要スト云ヘル以
上ハ此場合ニ於テモ亦同一ナルヘキハ言サ俟タスシテ明カナリ

然ラハ命令ノ正當ナルヤ否ヤハ何ニ由リテ之ヲ知リ得ルカ曰ク左ノ二條件ヲ
具備スルトキハ其命令ハ正當ナルモノトスヘキナリ

第一法律ニ反セサルヲ要ス

第二法式ニ反セサルヲ要ス

此二條件ヲ具有スル命令ヲ遵奉シテ行フタル所爲ハ假令罪トナルヘキ場合ト
雖トモ之ヲ罪トシ論セサルナリ然レトモ茲ニ第一條件ニ就テ一ノ注意ヲ要ス
ルモノアリ即チ若シ法律ノ意義ニシテ曖昧ナルトキハ自己ノ信スル說ニ據リ
テ命令ヲ拒絕スルヲ得ルカ曰ク然ラハ下僚ハ上官ノ解釋ニ從ハサル可カラス
何トナレハ法律ノ意義ニシテ不明瞭ナル場合ニ上官ト下僚ト各其意見ヲ異ニ
スルトキハ何レカ一方ノ意見ヲ取ラサルヘカラス而シテ此ノ如キ時ハ下級ノ
者ハ上級ノ者ノ服從スヘキハ元ト自然ノ順序ナリ故ニ下僚ハ上官ノ解釋スル
所ニ從ヒ其發スル命令ハ之ヲ正當ナリトシテ執行セサルヘカラス蓋シ日本刑

法モ亦此理論ヲ採用セシモノナラン尤モ此事ハ明文ヲ掲記シテ之ヲ規定セサルモ第七十六條ニ本属長官ノ命令ニ從ヒ云々トアルヲ以テ推知スルニ足ル斯ノ如ク本属長官ノ命令ニ從ヒ其職務上爲シタル行爲ハ假令罪トナルヘキモ之ヲ罪トシ論セス然ラハ子カ父ノ命ニ從ヒ又ハ妻カ夫ノ命ニ從ヒ又雇人カ雇主ノ命ニ從フテ爲シタル行爲モ亦之ヲ罪トシ論スルヲ得サルニアラス然レトモ第七十六條ニ均キ明文ナキ以上ハ是等ノ行爲ハ皆罪トシ論シテ敢テ寛假セサルナリ其故何シヤ夫レ父タリ夫タリ雇主タル者ハ其子其妻其雇人ニ命シテ己レノ欲スル所ヲ行ハシムルノ威權ハ或ハ之レ有ラン然レトモ上官ノ命令ト同一視ス可ラサルモノアリ蓋シ下僚カ上官ノ命令ニ從フヘキハ法律ノ認ムル義務ナリ子タリ妻タリ雇人タル者ハ是非善惡ヲ鑒別シテ善良ナル命令ナレハ之ニ服從スルノ義務アルヘシ父タリ夫タリ雇主タル者ノ命令ニシテ外面上正當ナルカ如キハ子妻若クハ雇人ハ自己ノ意見如何ニ拘ラス之ヲ執行スルトキノ義務ハ法律之ヲ認メス故ニ服從シタリトノ一事ヲ以テ無罪トスルヲ得サルナリ然レト其間ノ關係實際長者ノ命令ニ從ハサル可ラサル如キ事情アリテ其

知識ノ缺
欠

命令ハ抗拒スヘカラサル強制ト見做スコトヲ得ルトキハ第七十五條ニ依リテ無罪トナスヲ得ヘシ是事實問題ニシテ實際ニ甚タ稀ナルヘシ又假令無罪トナラサルモ酌量輕減ノ理由トナスコトヲ得ルハ勿論ナルヘシ
第三智識ノ缺欠 凡ソ人ハ智識ヲ有シ是非ヲ辨別シテ犯罪ノ所爲ヲ行フニ非サレハ之ヲ罪トシテ罰スルヲ得ス何トナレハ善惡邪正ヲ識別シ得サル者ニ向テ或所爲ヲ禁シ或所爲ヲ命スルモ到底其効ヲ奏セサレハナリ故ニ無智識ノ者ハ道德上及必要上共ニ之ヲ罰スルコトヲ得ス蓋シ其之ヲ罰スルモ無智無感毫モ其者ヲ懲戒シテ後來復タ惡事ヲ爲サラシメ又社會各人ニ向テモ將來ノ例示ト爲スニ足ラサレハナリ
我刑法ハ無智識者ノ三大種類ヲ認メタリ曰ク精神上ノ障礙ヲ受クル者曰ク年齡ノ幼少ナル者曰ク身體機關ノ不具ナル者はナリ以下順次之ヲ説明セン
(第一)精神上ノ障礙 刑法第七十八條ニ單ニ罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セストノ規定アルニ止マリ如何ナル場合ニ精神上ノ障礙アルカヲ規定セサルヲ以テ之ヲ決定スルハ極メテ困難ナルヘシト

雖トモ是ハ必竟事實ノ問題ニ屬ス故ニ能ク事實ヲ審查シテ其果ハテ精神上ノ障礙病アリヤ否ヤヲ判定スルヨリ他ニ途ナカルヘシ然レトモ今之カ一二ノ原因ヲ舉クル決シテ難シトセス以下簡單ニ之ヲ講究セン

一 白痴 生レナカラニシテ智識ノ甚不充ナル者アリ又生レテヨリ幾年月ヲ經テ智識ヲ喪失スル者アリ其何レヲ問ハス尋常人トシテト分ナル智識ヲ有セサルヲ白痴トス法律ハ白痴者ノ所爲ヲ罰セスト雖トモ少シク智識ヲ具有スル者ハ之ヲ罰ス而シテ其全ク白痴ナルヤ否ヤヲ定ムルノ標準ハ其智識ニ不十分ナル所アル者ハ尙ホ刑法上ノ責任アリ斯ノ如ク白痴ナルト否トハ全ク程度ニ關スルハ之カ己書ヲ定ムルハ裁判官ノ任ニシテ法律上之ヲ一言スルヲ得スヘキナリ

二 癡狂 凡ソ狂者ニハ種々ノ形狀アリテ一種ノ者ニアラス或ハ二年若クハ三年繼續シテ狂者トナルアリ或ハ一日若クハ二日ヲ隔テハ狂疾ヲ發スルアリ民法ニ於テハ第二ノ狂者モ第一ノ狂者ト同一ニ支配シテ常ニ癡癡ナリト見做ス事ヲ得ヘキモ刑法ニアリテハ然ラス第二ノ狂者ハ平愈セシトキニ行フタル所

爲ハ之ヲ罰シ發病中ニ行フタル所爲ノミ之ヲ無罪トセサルヲ得ス又第三ニ偏狂ナル者アリ是レ平素ハ通常一様ノ人間ナルモ或ル一二ノ事ニ就テ癡狂ナルヲ云フ例ヘハ或種ノ人ヲ見レハ之ヲ斬ラント欲シテ止ム能ハサル狂者ノ如ク又他人ノ物品ヲ看レハ忽チ之ヲ盜取セントスルノ慾心ヲ勃興スル偷盜狂者ノ如キ皆是ナリ是等ノ者ハ他凡百ノ事物ハ能ク善惡邪正ヲ計考シ得ルモ只其人ニ遇ヒ物ニ觸レテ俄ニ道理心ノ發作ヲ失ヒ其欲スル所ヲ遂行セントス是レ此偏狂者ハ之ヲ罰スルヲ得サルカ余ノ考フル處ニ因レハ必ス罰セサルヘカラサル者ナリト信ス若シ此等ノ者ヲ寬宥シテ其罪ヲ論セサルトキハ他都テノ犯罪者モ多クハ之ヲ罰スヘカラサルニ至ラン何トナレハ通常人ト雖トモ人ヲ殺シ物ヲ盜ムハ真正ノ理解心ヲ一時慾望感情ノ爲メニ塞蔽セラルハ故ナリ此ノ如クナラスシテ罪ヲ犯ス者ナキニアラサルモ甚タ多カラサルナリ故ニ法律ノ目的上ヨリ論スルモ是非善惡ヲ辨別シ能ハサル者ニ刑罰ヲ加ヘテ之ヲ懲戒セントスルハ何等ノ効驗ナキヲ以テ之ヲ無罪トセサルヲ得サルモ斯ノ如キ狂者ハ之ヲ罰シテ其者ヲ懲戒スルヲ得ヘク又大ニ將來此所爲ヲ爲サントスル者ヲ

警醒スルニ足ルヘシ然ラハ則チ宜シク之ヲ罰セサルヘカラス然レトモ偏狂ノ
 度大ニ進ミ管ニ理解心ヲ塞蔽スルノミナラス全ク精神ヲ喪失スル者ナシトセ
 ス此ノ如キ者ハ前者ト異ナル所アリ前者カ犯罪ノ所爲ヲ行フヤ全ク理解心ヲ
 失ヒタルニアラス之ニ反シテ後者ハ全然精神知覺ナクシテ犯罪ノ所爲ヲ行フ
 モノナレハ其所爲ニ就テハ無我夢中ナリ若シ夫レ幾分カ精神アリテ犯罪ノ所
 爲ヲ行フ者ハ犯罪ニ因テ得ル所ノ利益ニ比シテ尙ホ重大ナル苦痛ヲ與フルト
 キハ能ク其罪ヲ悔改セシムルヲ得ヘシ後者ノ偏狂人ニ至リテハ如何ナル重刑
 ナ科スルト雖トモ毫モ其所爲ヲ止息セシムルヲ得ス何トナレハ原ト犯罪ヲ行
 フニ理由アリテ行フニアラサレハナリ故ニ事實上ノ問題ニ属スルモ偏狂人ニ
 シテ犯罪ノ所爲ヲ行ハ、其精神喪失ノ度ニ由リテ或ハ之ヲ罰シ或ハ之ヲ罰セ
 サルヘシ精神喪失ノ程度ニ依リテ罰スルハ、法律ニ規定セラルベシ
 三、夢中ノ所爲、深更突然躍起シテ傍人ヲ斬殺シ膏腦トシテ我ニ非サル者ハ
 之ヲ罰セス何トナレハ其所爲ハ假令ヒ殺意アリトスルモ睡眠中ニ属シ果シテ
 斯カル事ヲ爲スノ善事ナルカ惡事ナルカヲ辨別スルヲ得サレハナリ故ニ此等

ノ場合ハ知覺精神ヲ喪失セタルモノトシテ之ヲ罰セサルナリ
 四、醉狂、人陶然泥酔シテ前後ヲ辨別セサル場合ニ爲シタル所爲ハ其知覺精
 神ヲ喪失シタル間ニ之ヲ爲シタルコトヲ證明スレハ其所爲ヲ罰スルヲ得ス然
 トモ醉ニ微醉アリ泥酔アレハ實際ノ事實ヲ檢覈シテ其有罪無罪ヲ定メサルヘ
 カラス或ハ泥酔ヲ不時ノ泥酔ト習慣ノ泥酔トニ區別シ不時ノ泥酔ハ偶然醉狂
 シテ犯罪トナルヘキ所爲ヲ行フ者ナレハ之ヲ無罪トスヘキモ習慣ノ泥酔ハ平
 素之カ爲メニ數々非行ヲ來タセシコトアレハ豫メ之ヲ慎ムヘキニ尙ホ改悛セ
 スシテ牛飲シ爲メニ他人ヲ殺害スルカ如キコトアラハ全ク其者ノ不注意ニ出
 ツルヲ以テ之ヲ罰セサルヘカラト云フ者アリ然レトモ此說採ルニ足ラス夫レ
 第七十八條ハ罪ヲ犯ストキ知覺精神ヲ喪失スルカ故ニ之ヲ罰セサルナリ蓋シ
 知覺精神喪失ノ餘ニ出テタル者ヲ罰スルモ何等ノ効驗ナケレハナリ今過量ノ
 酒ヲ飲ンテ狂醉スルハ不注意ナルニ相違ナシ然レトモ醉狂ノ爲メニ全ク精神
 ナ喪失シテ人ヲ殺害セタル所爲ニマテ不注意ノ結果ヲ破及スルハ不正ト云ハ
 サル可ラス何トナレハ酒ヲ暴飲スルト殺人ノ所爲ハ全ク別箇ノモノナレハナ

リ
次ニ故意ノ醉狂ナルモノアリ即チ醉狂ニ乘テ人ヲ殺害センカ爲メニ故ラニ酒ヲ暴飲スルコトアリ何等ノ意思ナクシテ醉狂シ偶然人ヲ殺害スルトキハ前段ニ云ヘル如ク之ヲ罪トシテ罰セサルモ犯罪ノ媒介ト爲サンカ爲メニ暴飲シテ人ヲ殺害スルトキハ其者ヲ懲罰セサルヘカラサルカ學者多クハ此場合ヲ以テ第七十八條ノ例外ニアラストナス何トナレハ初メ或所爲ヲ執行セント欲シ故ラニ醉狂ノ勢ヲ假リテ之ヲ遂クルハ則チ知覺精神ヲ喪失セサルナリ若シ知覺精神ヲ喪失セシモノナレハ犯罪ヲ執行スルニ至ルノ間ニ變更ヲ生スヘキ筈ナルニ毫末モ此ノ如キ事ナク豫期ノ如ク實行スルハ精神ノ健康ナルヲ窺知スルニ足レハナリト然レトモ變更ノ有無ハ癡狂ノ真偽ニ關セス若シ實ニ精神喪失ノ結果ナルコトヲ證明セハ之ヲ罰スルヲ得サルヘシ但此場合ニ此證明ヲ爲スハ特ニ難シトス

以上ハ犯罪ノ當時ニ知覺精神ヲ喪失シタル場合ナリ今若シ犯罪以後ニ知覺精神ヲ喪失スルトキハ如何此場合ハ其人ヲ罰セサルヘカラス然レトモ其結果ニ

至リテハ多ク二者殆ント徑庭ナキナリ何トナレハ狂人ハ自ラ法庭ニ立テ辯護スルヲ得サルヲ以テ其疾病ノ痊癒セサル間ハ之ヲ罰スルヲ得サレハナリ
次ニ裁判宣告ノ后ニ知覺精神ヲ喪失セシトキハ其刑罰ヲ執行シテ可ナルカ此場合ハ引續テ之ヲ執行セサルヘカラス然レトモ反對ノ説ヲ爲ス者アリ曰ク刑罰ハ元ト犯罪人ヲ懲罰スルハ其目的ノ一ナリ然ルニ狂者ニ向テ刑罰ヲ執行スルモ少シモ懲罰ノ効驗ヲ奏スルナク猶ホ禽獸ニ對シテ刑罰ヲ執行スルト同一般ナレハナリ故ニ其疾病ノ快復ニ至ルマテ其執行ヲ延期スヘシト然レトモ日本刑法ハ勿論佛國刑法ニ於テモ此事ヲ規定セル法條アルヲ見ス蓋シ刑罰ノ目的ヲ達スルニハ必スシモ其執行ヲ要セスト思惟セシナラン何トナレハ犯人ヲ責罰スルハ元ト刑罰ノ執行ニ關スル者ニ非スシテ裁判官力之カ言渡ヲ爲シタル以上ハ已ニ其目的ヲ達セタリト見做セハナリ故ニ例ヘハ一犯罪人アリテ十年ノ宣告ヲ受ケ五年間服役セシ后チ特赦ノ恩典ニ浴スルモ刑罰ノ目的ハ十分ニ達セシ者ト云ハサル可ラス法律カ刑ノ執行ヲ延期ス可ラサル所以ナランカ
(第二) 年齢ノ不足 元來人ハ生レナカラニシテ智識ヲ具ヘ道理心ヲ有スト雖

トモ未タ之ヲ碎礪セサル以上ハ單ニ其發揚セントスル萌芽アルニ止マリ之ヲ
 成育スルニ從ヒ漸々發達スルモノナリ故ニ生レテヨリ僅ニ二三ノ星霜ヲ經過
 セシ幼兒ハ其所爲ノ理非曲直ヲ辨別スルノ識能ナキハ當然ノ事ナリ是ヲ以テ
 縱令ヒ如何ナル犯罪ノ所爲ヲ行フモ之ヲ無罪トセサルヘカラス
 然ラハ何歳ニ至ルマデ智識ナキ者トシテ可ナルカ此點ハ到底一定スルコトヲ
 得ス何トナレハ其者ノ天稟ノ資性、身体ノ發育及ヒ教育ノ醇否ニ因リテ緩急運
 速各々相同シカラサレハナリ是ヲ以テ各國ノ法律ニ於テモ亦各其規定ヲ異ニ
 シ羅馬刑法ハ男女ヲ區別シテ男ハ十歳半、女ハ九歳半マデヲ無智識ト爲シ英國
 刑法ハ七歳マデヲ全ク智識ヲ具ヘサル者ト爲シ、埃太利獨逸ノ或聯邦ニ於テハ
 十歳マデヲ無智識ト爲セリ
 今事實上立法者ハ智識ヲ有セサル幼者ノ年齡ヲ一定スルコトヲ得ルトスルモ
 決シテ容易ノ業ニ非サルヘシ何トナレハ立法者カ此法律ヲ規定スルニハ必ラ
 ス歸納法ニ因リ世上ノ小兒ハ斯々ノ狀態ナルカ故ニ何歳未滿ハ無智識ナリト
 スルヨリ他ニ途ナカルヘシ然ルニ歸納法ヲ爲スノ材料タル小兒ノ狀態ハ難多

ニシテ確然不變ノ標準ナケレハナリ必竟之ヲ一定スルハ甚タ困難ナリト云ハ
 サルヘカラス
 然ラハ如何ニスルモ智識ヲ有スル幼者ト之ヲ有セサル幼者トヲ區畫スル能ハ
 サルカ余ハ裁判官ノ財權ニ放任スルヲ以テ最モ好方便ナリト信ス裁判官ハ能
 ク各幼者ノ動作ニ注目シテ此者ハ智識ヲ具ヘ彼者ハ智識ヲ有セスト判定セハ
 稍其實ヲ得ルニ庶幾シ然レトモ若シ此全權ヲ裁判官ニ一任スルトキハ又他ノ
 弊害ヲ醸成スルチ免カレス何トナレハ裁判官ノ氣質ノ寬嚴ニ因リテ同一ハ智
 識ヲ具ハスル者モ或裁判官ハ智識ナキモノト爲シ又或裁判官ハ智識アル者ト
 シテ其間有罪無罪ノ大差ヲ生スレハナリ又或刑法學者ハ一例ヲ舉テ事實上智
 識ノ有無ヲ決スルノ難ヲ説テ曰ク今八歳位ノ小兒カ人ヲ殺害シテ其死屍ヲ隱
 匿シタリトセヨ此小兒ハ果シテ是非善惡ヲ辨別スルノ知識アリト看做スヲ得
 ルカ或一方ヨリ觀察スルトキハ知識ヲ有スル者ト云フヲ得ス何トナレハ一般
 ノ小兒ハ死屍ヲ隱匿スルヨリハ先ヅ其身ヲ逃晦スレハナリ然レトモ他ノ一方
 ヨリ諦視スルトキハ此ノ如キ所爲ヲ行フモ一概ニ知識アルモノト斷言スルチ

得ス或ハ死屍ヨリ進出スル流血ヲ視テ畏悼セシヨリ之ヲ隱匿セシヤ知ルヘカ
 ラス隨テ最初ヨリ理非曲直ヲ計考スルノ知識アリテ人ヲ殺害シタリト云フヲ
 得ス故ニ小兒ノ知識アルヤ否ヤヲ一定スルハ決シテ易々タル業ニ非ラサルナ
 リ然ラハ則チ假令ヒ充分ナラサルモ裁判官サシテ小兒ノ知識アリヤ否ヤヲ判
 定セシムルヨリハ寧ロ法律ニ於テ何歳ヨリ何歳マテノ幼者ハ知識ヲ有セサル
 モノト推測シテ豫メ規定スルノ得策ニ如カサルナリ尤モ此方法ヲ採用スルト
 キハ或ハ知識アル者モ知識ナキ者トシテ刑罰ヲ免ルルノ嫌アラン然レトモ凡
 ヲ刑法ハ有罪ヲ罰セサルヨリハ無罪ヲ罰スルノ一事ヲ慎重スヘキモノナレハ
 裁判官ニ全權ヲ委テ知識ナキ者モ知識アル者トシテ刑辟ニ陷ルルノ慘アルヨ
 リ有罪者ヲ免レシムルハヨリ復カニ優レルヲ見ルナリ
 然レトモ如何ニ法律ヲ以テ此年齡ヲ一定スルヲ良策トスルモ人ノ知識ハ日進
 月涉次第ニ發達シテ止マサルモノナリ故ニ十把一東ニ法律ヲ以テ豫メ一定ス
 ルモ可ナリト斷言スルヲ得ス之ヲ例スルニ立法者カ十五歳未満ノ者ハ犯罪ノ
 是非ヲ鑒別スルノ知識ナキ者ナリト一定スルモ十二歳前後ノ幼者ハ全ク之ヲ

分別スルヲ得サルカ必ス然ラス其知識ヲ有スル者アラン然ラハ十二歳未満ノ
 者ヲ以テ斯ノ如キ知識ヲ具有セサル者ナリトセンカ十二歳以上ノ幼者ハ皆是
 非ヲ辨別スルノ知識ヲ有スルカ必ス然ラス或ハ全ク之ヲ有セサル者モアルヘ
 ク或ハ之ヲ有スルモ尙ホ甚タ軟弱ナル者モアルヘシ故ニ其間ヲ確然兩斷スル
 ハ余ノ感服セサル所ナリ是ヲ以テ我刑法ハ法律ニ於テ幼者ノ知識ニ關スル時
 期ヲ分チテ三ト爲ス即チ全ク知識ヲ具有セスト假定サル、時期幼者ノ爲メニ
 利益ナル推測ヲ下シ反對ノ證據ヲ許スノ時期必ス知識アルモ亦尙ホ不十分ナ
 ル時期是ナリ分婉ヨリ十二歳マテ第一時期ト爲シ十二歳ヨリ十六歳迄第二
 二時期ト爲シ十六歳以上二十歳マテ第三時期ト爲セリ(自第七十九條至第八
 十一條而シテ第一時期内ノ者ハ都テ確實ニ知識ナキ者ト斷定スルカ故ニ常ニ
 其罪ヲ論セス第二時期内ニ入ル者ハ幼者ノ爲メニ利益ナル推測ヲ下シテ通常
 其知識ナキ者ト看做シ若シ是非ヲ辨別スルノ知識アリト認め得ル時ニ限り其
 罪ヲ論判第三時期内ニ入ル者ハ凡テ知識ヲ有スル者ト推測サルカ故之ヲ罰
 ス其其刑ヲ輕減スルニ止マレリ之ヲ要スルニ第一時期ノ幼者法律其無智識ヲ

徳治場ニ留置スルノ幼者ハ裁判官其智識ノ有無ヲ認定ス斯ノ如ク十二歳未満ノ者ハ絶體ニ智識ナキ若トナシ十二歳以上十六歳以下ノ者ハ是非ヲ辨別スルノ證據ナキトキハ都テ智識ナキモノトナシテ其罪ヲ論セス然レトモ此決定ヨリシテ此等ノ幼者ニ對シ他ノ或處置ヲ爲スヘカラストノ結果ヲ生スルモノニ非ラス刑罰トシテハ其者ヲ懲誡スルヲ得サルモ若シ社會ニ取テ或ル處置ヲ施スノ必要ヲ感シ又此處置ヲ爲シテ本人ノ爲メ利益ナルトキ其處置ヲ爲スモ決シテ不當ナルモノニ非ラス是故ニ八歳以上ノ者ハ滿十六歳ニ滿タサル間之ヲ徳治場ニ留置シ又十二歳以上十六歳未満ノ者ハ滿二十歳ニ過キサル間徳治場ニ留置スルヲ得ルモノト規定セリ蓋シ若シ重大ナル罪ヲ犯シタルニモ拘ハラ

ス之ヲ抛擲シテ其儀打捨テ置カンニハ習慣トナリテ將來如何ナル事ヲ爲スヤ圖ルヘカサルノ虞アル時ハ實ニ今日ヨリ其幼者ヲ矯正スルノ必要アリ而シテ幼者ノ家ニシテ家庭教育ノ周匝ナルトキハ此等ノ幼者ヲ其家ニ還ラシムルモ可ナリト雖トモ家庭教育ノ不完備ニシテ智識ヲ發達セシメ善道ニ誘導セシムルニ足ラサルトキハ社會ノ爲メ幼者ノ爲メ政府自ラ之ニ關涉シテ教誡ヲ爲

スノ一大必要ヲ見ルヘシ是徳治場留置ノ制ヲ設ケタル所以ナリ第八十條ニ所謂ル是非ヲ文字ナ一見スルトキハ道德上ノ是非ヲ解釋スヘキカ如キモ刑罰ハ社會ノ必要のヨリ來レリト論定セシ以上ハ社會的ノ是非ヲ解釋セサル可カラス是レ余一己ノ私見ニ止マラスボアツナード氏ノ折衷主義ニ從フモ同氏ハ之ヲ解シテ社會ノ損害ニ關スル是非ナリト云ヘリ故ニ道德上ノ善惡ヲ判別スルノ智能ナキ者ハ未タ以テ是非ヲ辨別スルノ智識ヲ有スル者ト云フヲ得サルナリ

例外十二歳以上十六歳未満ノ幼者ハ知識ナシト推定シ反對ノ證據ナキ以上ハ都テ犯罪ノ責任ナキハ原則ナリ然レトモ一ノ例外アリ警達罪ノ場合即チ是レナリ此場合ニハ必ス其罪ヲ論シ單ニ宥恕ヲ與フル所以ノモノハ何ソヤ蓋シ違警罪ハ元ト極メテ輕微ノ罪ニシテ社會ノ秩序ヲ紊亂スルコト重罪輕罪ノ如ク重大ナルモノニアラス故ニ多クハ無意犯ナモ罰スヘキモノトス然レハ知識ニ至リテモ十分完具スルヲ要セス違警罪ニ對スル刑罰モ甚タ輕微ナレハ十二歳

以上ノ幼者ニ科スルモ大害ナカルヘシ
是故ニ此等ノ幼者ハ其罪ノ輕重ニ依リテ之ヲ裁判官ニ送付スルモノトスルハ可キ
此等ノ幼者ハ其罪ノ輕重ニ依リテ之ヲ裁判官ニ送付スルモノトスルハ可キ
二百八十一

(第三) 身體機關ノ不具。第八十二條ニ曰ク瘡啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但五年ニ過キサル時間之ヲ懲治上ニ留置スル事ヲ得ト即チ立法者ハ瘡啞者ヲ以テ八歳以上十二歳未満ノ幼者ト同一視シタルヲ見ルヘシ此規定ノ理由果シテ何クニ在ル元來瘡啞者トハ耳聞ク能ハス口言フ能ハサル者ニ付スル所ノ名稱ナリ而シテ其口言フ能ハサルハ耳聞ク能ハサルニ因ル是ヲ以テ彼等ハ未タ曾テ世上ノ談話ヲ聞キタルコトナシ然ルニ知識ナルモノハ世上ノ事ヲ聞知スルニ隨テ發達スルカ故ニ瘡啞者ハ如何ナル事カ善ナルカ如何ナル事カ惡ナルカヲ分別咀嚼シ得ルノ知識ナシ是レ其所爲ノ犯罪ニ係ル場合ト雖トモ罪トシ論セサル所以ナリ此理由ヨリシテ推究スルトキハ瘡啞者ノ所爲ヲ無罪トスルニハ其者ハ必ス先天ノ者ナルヲ要ス故ニ生後疾病其他ノ原因ヨリ瘡啞者トナル者ハ直チニ知識ヲ有セサル者トシテ之ヲ無罪トスルヲ得サルナリ瘡啞者ノ所爲ハ假令如何ナル犯罪ニ係ルト雖トモ之ヲ無罪トスルノ理由以上ノ如シ人或ハ尙ホ他ノ理由ヲ付セントス其言ニ曰ク瘡啞者ハ耳聾ニシテ聞ク能ハス口咽ニシテ言フ能ハス隨テ其性質癡戾ニシテ且ツ憤怒易シ今彼ノ通

常人ニ比シテ其發情ヲ制シ難キハ實ニ疾病ニ原因スルカ故ニ之ヲ罰スルコトヲ得スト此言或ハ宥恕減輕ノ理由ト爲スニ足ルヘキモ未タ無罪ノ理由トスルニ足ラサルナリ

瘡啞者ノ處爲ハ其罪ヲ論セサルコトハ上來説ク所ノ如シ然レトモ五年ニ過キサル時間懲治場ニ留置スルコトヲ得是レ幼者ノ場合ト同一ナル理由ニ因ル我刑法ノ規定ハ此ノ如シ然レトモ今ヤ各國瘡啞者ヲ教育スルノ方法漸々發達シ我國ノ如キモ現ニ盲啞學校ノ設ケアリ然ラハ盲啞ノ一事ノミニ因リ直チニ其罪ヲ論セサルカ如キハ宜キヲ得タルモノニアラス故ニ八十二條ノ規定モ早晚廢止セラルヘキヲ信ス然ルトキハ事實ニ依リ第七十八條ニ依テ處斷スルモ可ナルヘク又ハ十二年以上十六年未満ノ幼者ト同一視スルモ不可ナカルヘシ

第二節 輕減

今全ク罪ヲ論セサルニアラサルモ幾分カ刑ヲ減輕スル場合ヲ説明セント欲ス而シテ刑ヲ減輕スル場合ハ刑法第二編以下ノ各條ニ付テ觀察スルトキハ其數

僅少ナラサルモ茲ニハ唯タ總則ニ規定スル所ノモノノミヲ説明スルニ止メシト欲ス

「總則ニ於テ規定スル減輕ノ場合ニアリ」ハ年齢ニ關スル場合一ハ情狀ニ關スル場合ナリ

第一年齢ニ依ル減輕 前ニ述ヘタルカ如ク十二歳以上十六歳未滿ノ者ハ是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ罪犯シタルトキハ其罪ヲ論セスト雖トモ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セサル可ラス又十六歳以上廿歳未滿ノ者ハ其是非ヲ辨別シタルト否トヲ問ハス常ニ之ヲ罰ス然レトモ此二者ハ其智識猶ホ未タ完具セス故ニ智識ノ完具スル者ト其刑ヲ同シフスルヲ得サルヤ明ナリ且春秋ニ富ム者ハ未タ多ク世故ニ慣レス隨テ其精神モ亦薄弱ニシテ懲改ノ効ヲ奏スルコト易カルヘシ是又刑ノ必要上壯年者ト同一ニ處分スルヲ要セサル所以ナリ而シテ以上ノ理由ハ十六歳未滿ノ幼者ニ付テハ特ニ然リトス故ニ十二歳以上十六歳未滿ノ者ニシテ是非ノ辨識心アルトモハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス(第八十條末段)十六歳以上二十歳未滿ノ者ハ本刑ニ一等ヲ

減ス(第八十一條)

此點ニ付テモ法律ハ違警罪ニ關シテ特別ノ規定ヲ爲セタリ第八十三條ニ曰ク「違警罪ハ滿十六歳以上二十歳ニ滿タサル者ト雖トモ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ス」ト斯ノ如ク違警罪ト重罪輕罪トノ間ニ差異アル理由ハ前ニ既ニ之ヲ述ヘタレハ今復之ヲ贅セス

法律ハ老年者ノ爲メニ不論罪若クハ減輕ノ法ヲ設ケス其理由他ナレ幼者ハ智識ナシト推定スルヲ以テ原則トス偶々智識ヲ有スル幼者アルハ是レ例外ナリ之ニ反シテ老年者ハ一旦既ニ世故ニ慣レ事ノ是非善惡ヲ辨別シタリ然シテ全ク其記憶ヲ喪失スル異常ノ狀態ナリ故ニ老者ハ智識アルヲ以テ原則ト爲シ智識ナキハ例外タリ是レ幼者ノ制ト同一ナラサル所以ナリ

第二情狀ニ依ル減輕 立法者ハ各犯罪ニ付キ一ニ刑罰ヲ定メテ且之ニ或範圍ヲ與ヘ或ハ情ニ制セラレテ多少智識ヲ完具セサル者アル場合ニハ其刑ヲ減シ可及的犯罪ヲシテ其權衡ヲ得セシメントシタリ然レトモ法律ノ規定ハ未タ以テ此精神ヲ全フスルニ足ラス看ヨ竊盜ハ一年以上四年以下ノ重禁錮ニ處ス

ルト定メタレトモ其竊盜タルヤ犯人ノ惡意ニ厚薄アリ又其害ニ多少アルヲ死
 レス例ヘハ今一人アリ富家ニ入テ一圓ヲ竊取スルト貧家ニ入テ一圓ヲ竊取ス
 ルトハ其被害者ヨリ觀レハ損害ヲ感スルノ差甚タ大ナリ又金珠玉寶ノ中ニ生
 活スル者カ竊盜ヲ爲スト貧窶ニ苦辛スル者カ竊盜ヲ爲ストハ其意思ノ惡ムヘ
 キ點ニ於テ厚薄ナシト云フ可ラス斯ノ如ク其情狀ハ千差萬別ニシテ一ナラサ
 ルカ故二月乃至四年ノ範圍ハ尙ホ以テ其不完全ヲ感スルコトアリ故ニ立法者
 ハ茲ニ酌量減刑ノ法ヲ設ケ重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ
 酌量シテ本刑ヲ減輕スルコトヲ得セシメ法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕ス
 ヘキ者ト雖トモ其酌量ス可キ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルコトヲ許シタリ而シテ其
 減等ハ一等又ハ二等ヲ減ス可キモノナリ(第九十條)

第三節 再犯加重

再犯加重ハ犯罪人ノ心情ニ原因シテ加重スルモノナリ諸君ノ知ル如ク刑罰ヲ
 科セントスルニハ單ニ犯罪ノ事實ヲ見ルノミヲ以テ足レリトセス之ニ加フル

ニ内部ニ屬スル元素即チ意思智力等ヲモテ察セサル可ラズ即チ刑罰ハ犯罪ノ
 事實ト犯罪人ノ意思トニ比照シテ之ヲ定メサル可ラス今夫レ再犯ハ犯罪構成
 ノ事實ニ變更ヲ來サスト雖トモ是其犯人ノ心情上重ク其罪ヲ罰ス可キコトヲ
 証明シタルモノナリ何トナレハ一旦刑罰ヲ受ケタルトキハ宜ク悔悟シテ後來
 フ恐レ慎ム可キハ當然ナリ然ルニ其刑ニ恐ルコトナク再ヒ罪ヲ犯シタルハ
 即チ其惡意ノ大ナルコトヲ証明シタルニアラスヤ故ニ之ヲ罰スルニハ通常人
 ニ科スル所ノ刑ヨリモ重キ刑ヲ以テセサル可ラス是則チ再犯加重ノ理由ニシ
 テ且ツ此理由ニヨリ再犯加重ハ犯罪ノ事實ニ關セスシテ犯人ノ心意ニ關スル
 コトヲ知ルニ足ラン

世ニ再犯加重ハ一事ヲ再理スルナリト非難スル者アリ例ヘハ初メ竊盜ヲ犯シ
 後復タ竊盜ヲ爲シタルノ依ヲ以テ加重スルハ既ニ刑罰ヲ受ケタル初犯ノ罪ヲ
 再ヒ罰セラルハニ同シ故ニ再犯アルモ加重ス可ラスト此論今日ニ容ル可ラス
 再犯加重ノ理由ハ前ニ述ヘタルカ如クナレハ決シテ再ヒ初犯ノ罪ヲ罰スルニ
 アラス前犯ハ單ニ后犯惡意ノ重大ナルコトヲ証明スルノ具タルノミ

再犯ノ場合ニ其刑ヲ加重セントズルニハ後犯ノ罪ト前犯ノ罪ト同一種類ナルコトヲ要セサル乎前ニ財産ニ對スル罪ヲ犯シタル時ハ后犯モ亦財産ニ對スル罪タル可ク后犯身体ニ對スル罪ナルトキハ前犯モ亦身体ニ對スル罪ナラザル可ラサルニアラスヤ例ヘハ初メ窃盜ヲ爲シ后ニ強盜ヲ爲シ又ハ初メ強盜ヲ爲シ后ニ詐欺取財ノ罪ヲ犯シタルカ如キ場合ニアラサレハ加重ス可ラサルニアラスヤ若夫レ初メ國事犯ヲ爲シ后ニ常事犯ナランカ再犯ヲ以テ論ス可ラストシテ可ナラサル乎何トナレハ此者ハ國事犯ニ關スル刑罰ハ既ニ實驗シタルヲ以テ其犯罪ニ付テハ相恐レ相懼テ悔悟悛改セシナラン然レトモ常事犯ノ刑ニ付テハ未タ實驗セス從テ悔悟心ノ流出スヘキ源因ナケレハナリ我刑法ハ此主義ヲ採用セス蓋シ國事犯ニ付テ刑ヲ受ケタル者ハ國事犯ニ關スル法律ヲ遵奉セサル可ラサルノミナラス刑法全部ノ規定ヲ遵奉セサル可サルノ警戒ヲ受ケタリ然ルニ再ヒ罪ヲ犯スハ取モ直サス通常人ヨリモ一層惡意ノ大ナルコトヲ表明スルモノナリ是レ我刑法カ前后同一種類ノ犯罪タルコトヲ必要トセサル所以ナルヘシ

然レトモ(再犯ナリトシテ刑罰ヲ加重スルニハ他ニ條件ナカル可ラス我現行刑法ハ左ノ三條件アルコトヲ要求シタル)

第一 一度刑ヲ受ケ而シテ其裁判確定シタルコトヲ要ス刑法第九十一條九十

二條九十三條九十四條參觀

此第一條件ヲ必要トスル所以ハ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシ抑再犯ヲ加重スルノ理由ハ他ニアラス一旦刑罰ヲ受ケ而シテ猶ホ之ニ懲改セスシテ再ヒ罪ヲ犯スハ其惡意大ナルヲ以テナリ然ラハ則チ再犯ノ故ヲ以テ刑ヲ加重スルニハ一タヒ刑罰ノ實決ヲ得テ刑ノ苦痛ヲ咀嚼シタル者ニ對スルニアラサレハ爲ス可ラフ是レ第一條件ヲ必要トスル所以ナリ

關席裁判ヲ受ケ其裁判確定シタル後ニ再ヒ罪ヲ犯ス時ハ再犯ヲ以テ論ス可キヤ否ヤ是レ佛國ニ於テモ起リタル問題ナリ佛國ニ於テハ關席裁判ヲ受ケ而シテ其裁判確定シタル後再ヒ罪ヲ犯シタルトキハ再犯ヲ以テ論ストノ說ニ決セリ諸君モ知ル如ク關席裁判ハ刑ノ期滿免除アルマデハ何時ニデモ故障シ得ルヲ以テ未タ期滿免除ヲ得サル間ハ其裁判確定スルコトナシ故ニ此議論ニ從フ

モ期滿免除前ニ再ヒ罪ヲ犯シタルトキハ再犯ヲ以テ論セサルナリ今一考スルニ此論決大ニ可ナルカ如シ何トナレハ關席裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖トモ刑ヲ加重セストスルトキハ逃避シテ法律ノ制裁ヲ免レタル者ハ優待ヲ受ケ謹テ法ノ制裁ニ服シタル者ハ冷遇ヲ受クルノ奇果ヲ現ス可ケレハナリ且ツ此ノ如ク決定スルモ法律ノ條文ニ牴觸セス條文即第九十一、三條ニハ重罪輕罪違警罪ノ刑ニ處セラレタル者トアリ而シテ其所謂ル處セラレタルトハ重罪又ハ輕罪等ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ト解釋スルモ妨ケナケレハナリ然レトモ余ハ此說ニ從フコトヲ得ス刑法第九十一條等ニ所謂刑ニ處セラレトハ實際刑ニ服シタルト解スルコトヲ得ヘク又裁判ヲ受ケタルト解スルコトモ得ヘシ故ニ條文上ノ論ハ暫ク措テ道理上ヨリ論スレハ關席裁判ヲ受ケタル者ハ加重ス可ラサルノ理アルヲ見ル蓋シ刑ヲ加重シテ再犯者ヲ罰スル所以ハ前刑ニ懲改セス再ヒ罪ヲ犯スハ惡意ノ大ナルカ爲メナリ然ルニ關席裁判ヲ受ケタル者ハ刑ノ實決ヲ受ケサル者ナリ從テ未タ刑ノ苦痛ヲ知ラサル者ナリ何ゾ之ヲ以テ惡意大ナリト推測スルコトヲ得ンヤ或ハ時トシテハ被告人關席裁判

アリタルコトヲ熟知シテ處々ニ流浪シテ其身ヲ隠シ其間ニ再ヒ罪ヲ犯スコトアラシ此ノ如キ者ハ害惡心ノ重大ナルコトヲ推測シ得ルカ如シ然レトモ此場合ト雖トモ尙ホ其奔竄逃匿ノ辛苦ハ果シテ再犯ヲ防止スルニ足ルヤ余其必ス然ルコトヲ信スルコトヲ得ス是故ニ純然タル理論上ヨリ立言スルトキハ良シヤ關席裁判確定シタルトキト雖トモ再犯者トシテ其刑ヲ加重スルコトヲ得サルヘレ但我刑法ハ此場合ニ於テモ加重シテ處罰セサルヲ得サルハ明ナリ何トナレハ法律ハ單ニ裁判確定ノ文字ヲ用ヒテ對審裁判ト關席裁判トヲ區別セサレハナリ第九十七條ニ曰ク「大赦ニ依リテ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖トモ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト故ニ特赦ノ如キハ假令之ヲ得ルモ再ヒ罪ヲ犯ストキハ再犯加重ヲ免カルヘヲ得ス又刑ノ期滿免除ノ如キ免罪ヲ得ルニ非スシテ只ニ刑ノ執行ヲ免ルヘ場合モ加重ヲ免カルヘヲ得ス而シテ此期滿免除ノ場合ハ對審ノ上裁判ヲ受ケタルトキト關席裁判ヲ受ケタル時トヲ問ハサルコトハ前ニ之ヲ述ヘタリ蓋シ立法者ノ理由トスル所ハ原ト刑ノ言渡ヲ受ケナカラ其

執行ヲ逃レ而シテ裁判確定スルニ至ル者ハ正當ニ刑ノ執行ヲ受ケタル者ニ比較シ却テ其情狀奸惡ナルヲ見ルニ足レリ然ルニ其情狀惡ム可キニ拘ラズ關席裁判ノ確定シタルトキ再犯ヲ以テ論セストキハ比較的惡人ハ法律ノ優待ヲ受ケ善人ハ法律ノ酷待ヲ受ケルノ不道理ヲ生スルヲ恐ルニ在ルナラ

要之ニ裁判確定以後ニ生シタル事柄ハ再犯加重ニ何等ノ影響ヲ及スコトナシ故ニ特赦ニ遇ヒ刑ノ期滿免除ヲ得ルモ尙ホ再犯ヲ以テ論ス只大赦アリタルトキノミ其効既往ニ溯リ被告人ハ未ダ曾テ犯罪ヲ爲シタルコトナシト看做スヲ以テ後キ再犯スモ再犯加重ニ據リテ處罰セラルコトナシ

舊法ノ罪ヲ新法ニテ無罪トナシタル場合ニ其舊法ノ刑ニ處セラレタル者カ再ヒ新法ノ罪ヲ犯シタルトキハ再犯加重ヲ以テ論スヘキ乎道理上ハ暫ク措キ刑法ノ規定上ヨリ論スルトキハ其加重スヘキヤ言フ俟タス何トナレハ再犯加重ノ規定ニ於テ之ヲ例外ト爲シタルヲ發見セサレハナリ論者或ハ曰ハン舊法ニ於テ罪トシ罰シタル所爲ヲ新法ニ於テ罪トセサルハ則チ舊法ノ規定ハ不正不

必要ニシテ道理上罰スヘカラサルカ故ニ非スヤ是猶ホ大赦ノ場合ノ如シ大赦ニ因テ犯罪ヲ得タルトキハ再ヒ罪ヲ犯スト雖トモ之ヲ再犯トシ論セズ然ルニ此場合ヲ再犯トシ論スルハ何等ノ理由アルヲ見スト此說非ナリ何トナレハ第三條ニ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及スコトヲ得ストアリ故ニ新法頒布以前舊法ニ從テ下シタル裁判確定スルトキハ其裁判ハ新法ヨリ看察シテ或ハ道理上不正不必要ナルコトアラン然レトモ其當時正當ニ下シタル裁判ナル以上ハ決シテ新法ニ依テ之ヲ覆スコトヲ得ス然ラハ新法ノ目ヨリ看レハ其所爲ヲ犯罪トセサルモ舊法時代ノ裁判ニ因リテ其者ヲ犯罪人ト看做サバハカラス若シ其者ヲ罪人視スルヲ嫌忌セハ大赦ヲ行フヘシ然ラサル以上ハ如何ニスルモ舊法ノ正當ナル裁判ヲ破ルヲ得サルナリ夫然リ新法ニ因リテ罰セラル者ハ罪人ナリ一旦刑法ノ罪人トナリタルニモ懼レス再ヒ其罪ヲ犯ストキハ其心情頑惡ニシテ尙ホ懲改セサルヲ推知スルニ足レ之レヲ再犯トシテ論スル所以ナリ前裁判ハ何程誤判ナリト雖トモ若シ其裁判已ニ確定シタル以上ハ其以後再ヒ罪ヲ犯ストキ之ヲ再犯トシテ加重スヘキ乎此場合モ亦前判ノ事柄ハ其實決シテ

罪ニ非ス裁判官ノ誤謬ニ因リテ罪トナリタルナリ故ニ再ヒ罪ヲ犯スモ再犯加重ヲ以テ論スヘカラスト言フコトヲ得ン然レトモ其裁判ハ縱令誤謬ニ出テタリト雖トモ苟モ確定セシ以上ハ法律上裁判ノ如キ罪ヲ犯シテ適法ニ罰セラレタルモノト推測スルヲ要ス或方式ニ因リテ其裁判ヲ破却スルトキハ格別故ニ其者ノ罪人ナルヤ明白ナリ隨テ再ヒ罪ヲ犯ストキハ之ヲ加重シテ罰スヘキハ當然ナリトス

尙ホ一言スヘキハ此確定裁判ノアリタリヤ否ヤハ畢竟事實ノ問題ニシテ單ニ裁判言渡書ノ謄本アルノミヲ以テハ直チニ再犯ナリト速斷スルコトヲ得ス何トナレハ則チ後ノ犯人ハ前ノ犯人ト同一ノ姓名住所ノ者ナルヤモ亦知ルヘカヲサレハナリ

第二裁判確定以後ニ犯シタル罪ナルコト、此條件ハ再犯ノ字面上既ニ其必要ナルコトヲ知ルニ足ル何トナレハ再犯トシテ加重スルハ一タヒ刑罰ヲ受ケタルモ尙ホ懲改セシテ再ヒ犯罪ヲ爲シタルニ因レハナリ故ニ亦數罪俱發ト異ナレリ數罪俱發ノ場合ハ一回ノミ犯罪ヲ爲シタル者ヨリ二度二回以上犯罪ヲ爲

シタル者其罪ノ重大ナルハ爭フヘカラサル眞理ナルヘシ故ニ之ヲ處斷スルニハ如何ナル方法ニ因ルヘキカヲ見ルニ在リテ再犯加重ハ尙ホ懲改セスシテ犯シタルヤ否ヤヲ研究スルニ在リ

後ニ行フタル犯罪ノ性質ト已ニ判決ヲ經タル犯罪ノ性質ト同一ナルコトヲ要スル之否ヤノ點ニ付テハ我刑法同一性質ノ犯罪ナルヲ必要トセサルハ前既ニ之ヲ説明シタリ然レトモ又殆ント之レカ例ニ類スルモノアリ即チ已決ノ囚徒逃走ノ罪ヲ犯シ監視ニ付セラレタル者其規則ニ違背シタル罪ヲ犯シタルトキハ前キニ如何ナル罪ヲ犯シタルモノト雖トモ再犯トシテ其刑ヲ加重セス即チ此等ノ場合ハ必ス前後同一ノ罪ヲ犯サレハ加重セサルモノトス

又前キニ軍律ニ依リテ處斷セラレタル者後通常ノ罪ヲ犯スト雖トモ再犯トシテ加重スルコトナシ是レ第九十六條ニ陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ罪常律ニ因テ處斷シタル者ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト規定シアルヲ見レハ明カナリ而シテ其理由ハ軍律ハ規律嚴肅ニシテ其刑モ亦峻刻ナルカ故ニ常律ト同一視スルヲ得ス隨テ軍律

ヲ以テ罰セラルル者再ヒ、常律ヲ犯スモ、尙ホ懲改セサルモノトシテ、其刑ヲ加重スルヲ得サルナリ。

第三確定シタル實決ノ刑ハ後犯ノ罪ニ對スル法定ノ刑ト均シキカ、又ハ之ヨリ重キコト。

蓋シ屢々説クカ如ク再犯加重ハ既ニ刑ヲ受クルモ尙ホ懲改セサルニ因ル後犯ノ罪ノ刑實決ノ刑ヨリ重キトキ其重刑ノミヲ以テ足レリトセサルヲ得ス何トナレハ輕刑ハ未タ懲改セシムルニ足ラサルモ重刑ノ効力ノ有無ハ未タ實驗セサレハナリ。

此ノ如ク前犯ノ罪ト后犯ノ罪ト同一性質ナルヲ要セサルモ其輕重ニ從ヒ或ハ加重シ或ハ加重セス而レテ我法律ハ重罪輕罪違警罪ノ區別アルカ故ニ前犯ト后犯トカ或ハ重罪或ハ輕罪ナルニ因リテ先ツ左ノ七個ノ場合ヲ假定スルヲ得ヘシ。

第一。前犯后犯共ニ重罪ナル時

第二。前犯重罪ニシテ後犯輕罪ナル時

第三。前犯后犯共ニ輕罪ナル時

第四。前犯輕罪ニシテ后犯重罪ナル時

第五。前犯后犯共ニ違警罪ナル時

第六。前犯違警罪ニシテ后犯重罪若クハ輕罪ナル時

第七。前犯重罪若クハ輕罪ニシテ後犯違警罪ナル時

此場合中第一第二第三及第五ノ場合ハ其刑ヲ加重スルモ他ノ場合ハ之ヲ加重セス即チ前犯ノ罪ト後犯ノ罪ト比較シテ前后ノ犯罪共ニ同種類ナル乎又ハ前犯ノ罪後犯ノ罪ヨリ重キ時ニ非サレハ其刑ヲ加重セサルナリ蓋シ上來屢々言ヘルカ如ク既判ノ刑未タ懲改スルニ足ラサルヲ以テ尙ホ刑ヲ加重シテ其者ヲ懲改セント欲ス故ニ前后ノ犯ノ罪同一ナルトキハ此理由ハ適切ナルヘシ又前犯重クシテ後犯輕キトキハ層進ノ理由ニヨリ更ラニ加重スヘキノ理明カナリ反之前犯輕刑ニシテ後犯重刑ナル時ハ未タ重刑ノ苦痛如何ヲ知ラサルヲ以テ其心情兇惡ナリト云フヲ得ス隨テ其刑ヲ加重シテ罰スルヲ得サルナリ。

然ルニ我刑法ニハ加重ノ方法アルト共ニ減輕ノ方法アリ而シテ違警罪ハ其情狀如何ニ準惡ナルモ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス輕罪モ亦加ヘテ重罪ノ刑

ニ至ルコトヲ許サレナリ加之同シク重罪ノ刑ナルモ無刑徒刑ニ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス然レトモ減輕ニ在テハ重罪ヨリ輕罪ヨリ違警罪ニ入ルコトヲ得故ニ第三條件ヲ適用スルカ爲メニ更ラニ左ノ十一箇ノ場合ヲ生ス

- 第一。前犯後犯ノ所爲共ニ重罪ニシテ其刑モ亦共ニ重罪ノ刑ナル時
- 第二。前犯後犯ノ所爲共ニ重罪ニシテ其刑ハ共ニ輕罪ノ刑ナル時
- 第三。前犯ノ所爲重罪ニシテ其刑ハ輕罪後犯ハ罪刑共ニ重罪ナル時
- 第四。前犯ハ罪刑共ニ重罪後犯ノ罪ハ重罪ニシテ其刑ハ輕罪ナル時
- 第五。前犯ハ罪刑共ニ重罪ニシテ後犯ハ罪刑共ニ輕罪ナル時
- 第六。前犯ノ罪ハ重罪ニシテ刑ハ輕罪後犯ハ罪刑共ニ輕罪ナル時
- 第七。前犯ハ罪刑共ニ輕罪ニシテ後犯モ罪刑共ニ輕罪ナル時
- 第八。前犯ノ罪ハ輕罪ニシテ刑ハ違警罪後犯モ亦罪ハ輕罪ニシテ刑ハ違警罪ナル時
- 第九。前犯ノ罪ハ輕罪ニシテ刑ハ違警罪後犯ハ罪刑共ニ輕罪ナル時
- 第十。前犯ハ罪刑共ニ輕罪ニシテ後犯ノ罪ハ輕罪刑ハ違警罪ナル時

第十一。前犯ハ罪刑共ニ違警罪ニシテ後犯モ亦罪刑共ニ違警罪ナル時

以上ノ場合ノ中第一ト第四ハ第九十一條ニ依テ加重シ第五第六第七第十八第九十二條ニ依テ加重シ第十一ハ第九十三條ニ依テ加重ス而シテ第二第三第八第九ハ加重スルヲ得サルモノトス此ノ如ク區別ヲ生スル所以ハ前犯ニ在リテハ罪ニ依ラスシテ實決ノ刑ヲ標準トシ後犯ニ在リテハ實決スヘキ刑ニ依ラスシテ罪ヲ標準ト爲スニ因ル此第三條件ヲ必要トスルハ第九十一條ニ先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ルトキハ本刑ニ一等ヲ加フトアリ又第九十二條及第九十三條ニ於テモ皆處セラレタル云々該ル云々トアルヲ見テ明瞭ナリ即チ其處セラレタルト云ヘル文字ハ實決刑ヲ主眼トシ又該ルトノ文字ハ罪ヲ主眼ト爲スコトヲ明示ス此規定ハ道理上ヨリ考察スルモ極メテ至當ナリ今之ヲ例證スルニ先ニ強盜ヲ犯シタル者重罪ノ刑ヲ以テ處罰セラルヘキニ減輕ニ依リテ輕罪ノ刑ニ處セラレタリトセヨ此者ハ果シテ重罪ノ刑ノ痛苦ヲ感シタル乎其實履シ來リシ所ノ痛苦ハ輕罪ノ刑ナリ故ニ輕罪ノ刑ノ恐怖スヘキコトハ能ク之ヲ知得スルモ重罪ノ刑ハ未タ其苦辛ヲ嘗メザルモノト言ハサル

ヘカラス是レ其犯シタル罪ヲ主眼トセスレテ現ニ處シタル刑ニ着目スル所以ナリ前例轉倒シテ後犯ノ罪ハ重罪ニシテ其刑輕罪ナリト假定セン例ヘハ其所爲ノ未遂若クハ自首等ノ原因ニ依リ強盜ノ重罪刑ヨリ減等シテ輕罪ノ刑ニ處斷セラルハコトアリトセヨ既決ノ刑ニシテ輕罪ナル以上ハ固ヨリ其刑ハ此所爲ヲ止ムルニ足ラサルヲ以テ再加センカ爲メニ標準トスヘキハ後犯ノ刑ニアラスシテ罪ナク故ニ假令減輕シテ輕罪ノ刑ニ處セラルヘキモ原ト其所爲重罪ニ係ル以上ハ則チ重罪トシテ加重スヘキモノナルヤ否ヤヲ檢審セサルヘカラス是レ刑ヲ標準トセスシテ罪ヲ基本ト定ムル所以ナリ然ルニ或ハ抗辯ヲ試ミテ曰フ者アラシ條文中「再犯」アルハ前文ヲ承ケテ云フヤ明カナルヲ以テ其再犯何々ノ罪ニ係ルトアルハ同シク是何々ノ罪ニ處セラレタルト解釋セサルヘカラスト然レトモ同條中彼此故ラニ別箇ノ文字ヲ用井タルハ前述ノ理由ニ因ルコトヲ信スレハ論者ノ說ニ服從スヘカラス

再犯トシテ刑ヲ加重スルニハ如何ナル方法ニ依ルヘキ乎即チ本刑ニ一等ヲ加

フ而シテ所謂ル一等トハ加減例ニ依レハ禁錮罰金ハ刑期金額ノ四分ノ一ヲ加フルヲ以テ一等ト爲シ重罪ノ刑ハ各一上級ノ刑ヲ以テ一等ト爲ス禁錮罰金ニ就テハ別ニ此規定ノ不可ナルヲ見サルモ重罪ニ付テハ刑ノ權衡上一ノ批難ヲ免ルハヲ得サルモノアリ即チ有期刑ヨリ無期刑ニ入ルカ如キ其一ナリ故ニ佛國ハ重罪ノ刑ヲ加重スルニハ其長期ノ幾分ヲ加重スヘキモノト爲シタリ

以上ハ是レ再犯ニ就テ見タルノミ若シ三犯以上ニ係ルトキハ如何ニ處分スヘキ乎第九十八條ニ曰ク「三犯以上ノ者ト雖トモ其加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同レト故ニ犯罪三回以上ニ至ル時ハ再犯ノ場合ト同一ニ一等ヲ加フルニ過キス此規定ハ理論上攻撃ヲ容ルハノ餘地ナキニ非ス蓋シ例ヘハ最初ノ犯罪ニ因テ重禁錮二年ニ處セラレタル者再ヒ犯罪ヲ行フトキハ其者ヲ懲スカ爲メ一等ヲ加重シテ二年半ノ重禁錮ヲ以テ之ヲ罰シ尙是レニモ懲改セスシテ三タビ犯罪ヲ行フトキハ第二犯ニ對シテ一等ヲ加重シ即チ三年ノ刑ニ處セサルヘカラサルハ正當ノ事ナレハナリ然レトモ此論理ヲ貫徹セントスレハ他亦大ナル弊害ヲ生ス何トナレハ最初重懲役ノ刑ニ處セラレタル者三タビ犯罪ヲ犯ストキハ竟ニ

峻酷ナル無期徒刑ニ處セラル、ニ至レハナリ是レ立法者カ心情懲改セサル點
 ニ、ノ、泥、マ、ス、シ、テ、其、所、爲、自、体、ノ、輕、重、ヲ、モ、秤、量、シ、三、犯、以、上、モ、再、犯、ト、同、一、ノ、加、重
 ヲ、行、フ、所、以、ナ、ル、ヘ、シ、
 最后ニ言スヘキハ違警罪ノ再犯加重ナリ法律ハ違警罪ノ再犯ヲ加重シテ罰
 スルニハ前述ノ條件外尙ホ二條件ヲ要セリ即チ左ノ如シ
 第一、一年內ニ再犯ス、コト
 第二、違警罪裁判所ノ同一管轄地內ニ於テ犯スコト
 右第一條件ニ付テハ已ニ再犯加重ノ概論ノ處ニ述タル如ク凡ソ如何ナル犯罪ヲ
 問ハス年月久キニ涉ルトキハ自然前日ノ痛苦ヲ遺忘シ去ルモノナレハ再犯トシ
 テ加重スルニモ亦相當ノ期限ヲ一定シ置クヲ善シトス殊ニ違警罪ニ付テハ即
 チ此論理ヲ適用シタルナリ又第二條件ノ必要ナル所以ハ違警罪ナルモノハ各
 地ノ風習人情等ニ由リテ便宜之ヲ制定スルヲ得ルモノナレハ一地方ニ於テ罪
 トハ罰スルコトモ他ノ地方ニ於テハ罪トシ罪セサルコトアリ是レ其所爲ヲ罪
 トシ罰シタル違警罪裁判所ノ同一管轄地內ニ於テ再犯スヲ必要トスル所以

加減順序

ナリト云々
 加減順序
 刑ノ減輕及ヒ加重カ一罪ニ就テ同時ニ生スルコトアリ此ノ如キ時ハ減輕ヲ先
 ニレテ加重ヲ後ニスヘキ乎將タ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ後ニスヘキ乎一般ノ場
 合ニ於テハ何レヲ先ニシ何レヲ後ニスルモ結局同一ノ刑ニ歸スルヲ以テ被告
 人ノ爲メニ別ニ利害ノ關係ナシ然リト雖トモ此二方法ノ孰レヲ採ルニ從ヒ大
 ニ其結果ヲ異ニスルコトアリ例ヘハ違警罪ヨリ輕罪ニ入り輕罪ヨリ重罪ニ入
 リ又同シク重罪中ニモ無期徒刑ヨリ死刑ニ入ル場合ニ在リテ若シ減輕ヲ先ニス
 ルトキハ再ヒ本刑ニ復歸スヘシト雖トモ反之加重ヲ先ニスルトキハ違警罪ヲ
 加重シテ輕罪ニ入り輕罪ヲ加重シテ重罪ニ入り又無期徒刑ヲ加重シテ死刑ニ入
 ル能ハサルヲ以テ本刑ヨリ一等ヲ減輕シテ加重セサルト同一ノ結果ヲ生スベ
 シ故ニ被告人ノ爲メニ甚タ利益ナリ蓋シ佛國ニ於テハ加重ヲ先ニシテ減輕ヲ
 後ニスルノ法ヲ採用セリ我刑法ハ其何レノ方法ヲ採用セシカ少シク明瞭ヲ欠
 クニ似タリ余ハ佛國刑法ノ主意ニ準據シタリト考フ何ニ由テ之ヲ言フ乎草按

ヲ査閱スルニ現行刑法ノ第九十九條ニ匹敵スル規定ナク減輕ヲ先ニシテ加重
ヲ後ニスルニアラサルモ輕重相殺法ヲ擇取シタリ然ルニ修正ノ際之ヲ刪除シ
タルハ必ズ其故ナカルヘカラス今第九十九條ヲ見ルニ「犯罪ノ情狀ニ因リ總則
ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム」再犯
加重ニ宥恕減輕三自首減輕四酌量減輕ト是ニ由テ觀レバ第一ニ加重ヲ爲シテ
次ニ減輕ヲ爲スノ方法ヲ採擇シタルヤ明カニシテ其精神ハ全ク被告人ノ利益
ヲ計慮スルニアリシナラン

ボアツナード氏曰ク數理上一等ヲ加ヘ一等ヲ減シテ元數ニ復歸スルハ定理定
則ナルヲ以テ相殺法ニ依ラサルヘカラスト此說ハ理論上正確ナルニ相違ナシ
ト雖トモ我刑法ノ下ニ在テハ斯ク決定スルヲ得ス何トナレハ若シ此說ニ從フ
トキハ竊盜ノ本刑ハ二月以上四年以下ナリ然ルニ或犯人竊盜ノ從犯ナルヲ以
テ一等ヲ減シ又未遂犯ナルカ故ニ尙ホ一等ヲ減シ而カモ一方ニ於テハ再犯ニ
係ルヲ以テ一等ヲ加フヘシト假定セン若シ相殺法ニ依リ其加重減輕ハ始終二
月以上四年ヲ本刑トシテ加減セサルヘカラストスルトキ二月以上四年以下ノ

二等即チ一月以上二年以下ヲ本刑ヨリ減シ之ニ二月以上四年以下ノ一等即チ
十五日以上一年以下ヲ加ヘテ一月十五日以上三年以下ト爲シタルト同レク再
犯ノ一等加ト從犯及ヒ未遂犯ノ二等減ト相殺シテ本刑ヨリ單ニ一等ヲ減輕シ
タルト同一ノ結果ヲ生スルニ至ル然ルニ第九十九條但書ニ據レハ從犯及未遂
犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ加減シタルモノヲ以テ本
刑ト爲ストアルニ非スヤ左レハ本例ノ場合ニ於テハ二月以上四年以下ヨリ從
犯及ヒ未遂犯ノ二等ヲ減輕シタル者即チ一年以上二年以下ノ刑ヲ以テ本刑ト
定メ之ニ一等ヲ加ヘテ一月七日以上日數以下ハ之ヲ省ク二年六ヶ月以上ノ刑
ニ處セサルヘカラス然ラサレハ立法者カ此但書ヲ設ケタル主旨ハ全ク意味ナ
キニ至ラン故ニ第一此點ニ於テ相殺法ニアラサルヲ見ルヘシ

次ニ同條ニ「再犯加重二何三何ト數字ヲ以テ之カ順序ヲ定メタルモ我刑法ノ相
殺ヲ採用セサル一証ナリ此順序多クハ被告人ノ爲メニ毫モ利益アルヲ見ス何
トナレハ今一旦刑罰ニ處セラレタル者再ヒ竊盜ヲ犯シ而シテ其者ハ二十才未
滿ノ幼者ナルヲ以テ一等ヲ減シ又自首シテ被害者ニ贓物ヲ還付シタルヲ以テ

三等ヲ減シ尙ホ其窃盜ハ貧困ノ餘リ親ノ疾病ヲ療養スル能ハサルヨリ窃盜ヲ爲シタルカ故ニ一等ヲ減スルトキハ最初本刑ニ一等ヲ加ヘ其刑ヨリ一々減等ヲ爲サスシテ一等ト五等ト加減相殺スルモ被告人ニ於テ何等ノ痛痒ヲ感セサルナリ然レトモ或場合ニ利益ナシトセス即チ一等ヲ加フレハ直チニ輕罪重罪ノ刑若クハ死刑ニ入ル時はレナリ其時ハ假令本刑ヲ同一ト爲スモ加減ヲ前後スルト之ヲ相殺スルニ依テ結果ヲ異ニスルハ本節第一着ニ逃ヘルカ如シ只輕減ノ順序ニ至リテハ實ニ利益ヲ見ス然ルニ立法者之カ順序ヲ一定シタレハ輕減ヲ生スル原因ノ性質ニ因リタルナラン蓋シ宥恕減輕ハ年齡ノ不足ニ原因スレハ犯罪構成ノ責任要素ニ原因ス故ニ是實ニ犯罪自体ニ關係ス是レヲ以テ第一トナス自首減輕ハ犯罪構成後ノ事ニ原因シ其構成ニハ何等ノ關係ナシ故ニ宥恕減輕ヨリ後ナラサル可ラス然レトモ是レ法律ノ輕減ナリ酌量輕減ニ至リテハ全ク裁判上ノモノナリ即チ裁判官法律上輕刑ヲ科ス可ラサルモ情狀輕減セサルヘカヲサルモノアル場合ニ酌量輕減ヲ爲スコトヲ許ス然ラハ自首輕減ノ後ナラサル可ラス此點ヨリ看察スレハ宥恕減輕ヨリ自首減輕自首減輕ヨリ酌

量減輕ト其順序ヲ定メタルモ一概ニ無益ノ勞ト云フヲ得サルナリ

以上犯罪及ヒ犯罪人ノ事ヲ説テセリ尙ホ左ニ附加シテ講説スヘキ事アリ是マヲハ犯罪ハ一箇ニシテ犯人モ亦一人ナル場合ヲ假定シ來レリ然ルニ數犯罪又ハ數犯罪人ノ集合スル場合往々ニシテ之レ有リ是レ刑法ニ數罪俱發及數人共犯ノ規定アル所以ナリ先ツ數罪俱發ノ場合ヨリ研究セン

第三章 犯罪又ハ犯罪人ノ集合

第一節 數罪俱發

凡ツ犯罪ノ集合ニニアリ再犯加重數罪俱發是レナリ而シテ再犯加重ハ其集合スル犯罪ノ一ハ確定裁判ヲ受ケ他ハ未タ其裁判ヲ受ケサル場合ナリ故ニ其後犯ニ付テハ法理上ヨリ見ルモ法律上ヨリ見ルモ必ス加重シテ處罰セサルヘカヲサルコトハ曩ニ己ニ論述シタル所ノ如シ而シテ數罪俱發ナルモノハ未タ一度ノ裁判ヲ受ケサル間ニ數罪ヲ犯シタル場合ナリ今此數罪ニ付テハ如何ニ處

罰スヘキ乎其方法ニ付キ三個ノ議論アリ

(第一說)前キニ未タ一度ノ裁判ヲ受ケタルコトナクシテ數罪ヲ犯ストキハ其各罪ニ一刑ヲ併加スヘシ例ヘハ初メニ竊盜ヲ犯シ次ニ強盜ヲ犯セシトキハ此二罪ヲ併セ罰セサルヘカラス蓋シ一罪アレハ之ニ一刑ヲ科スルハ當然ノ事ナリ若シ犯罪人ニ刑罰ヲ加フルハ其者ヲシテ後改セシムルニ止マルトキハ假令數罪ノ時ト雖トモ一刑ヲ科シテ可ナラン然レモ刑罰ノ目的ハ單ニ犯人ヲ警戒スルニ止マラスシテ犯人ヲ警戒スルト同時ニ社會人民カ將來同一ノ所爲ヲナスヲ防遏スルニ在リ然ラハ犯人ニシテ一罪ヲ犯ストキハ之ヲ止ムルニ足ル可キ一刑ヲ科シ又數多ノ罪ヲ犯ストキハ同ク其數罪ニ對スル所ノ數刑ヲ科セサレハ決シテ刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サルナリ況ンヤ一旦犯罪ヲ行フテ刑法ノ禁制ヲ破ルモ其後前非ヲ悟リテ其邪心ヲ改メサル可カラズ又實ニ其悔悟ヲ爲スニ充分ナル時間ヲ有セリ然ルニ前非ヲ悟ラステ再ヒ犯罪ヲ行フトキノ如キハ既ニ一刑ヲ加ヘテ其者ヲ懲戒スルニ足ラサルヲ證スルニアラスヤ是レ各罪ニ一刑ヲ併科セサル可カラサル所以ナリ

(第二說)各罪ニ一刑ヲ併科スルハ非ナリ其數刑中最モ重キ者ヲ科スレハ十分ナリ何トナレハ元ト官廳ニ一ノ怠慢アレハナリ若シ官廳ニ於テ一罪ヲ犯ス者アルトキハ直チニ之ヲ搜查シテ其者ヲ處罰スル乎或ハ餘罪ヲ犯サトルヘキニ其處置玆ニ出テサルヲ以テ遂ニ第二ノ犯罪ヲ爲スニ至リタルナリ然ラハ則チ第二ノ犯罪ハ官ニ於テ止ムルヲ得ヘキニ之ヲ怠リタルニ原因ス故チ此罪ニハ決シテ刑罰ヲ加ルヲ得ス且又一罪毎ニ一刑ヲ加ルトキハ其極過重ノ刑罰ニ流ルノ弊害ヲ生スルニ至ラシ

(第三說)前二說ヲ折衷スルハ說ナリ曰ク一罪ヲ犯スヤ直チニ逮捕シテ其者ヲ懲罰スルトキハ第二ノ罪ハ之ヲ犯サトルヘシ然レトモ此者ヲ一罪ノミ犯セシ者ニ比較スレハ其惡意其加害共ニ大ナルヲ以テ單ニ一刑ヲ科シテ満足スルヲ得ス故ニ此者ヲ處罰スルニハ數罪中最重ノ刑ニ尙幾等ヲ加ヘテ罰スルヲ穩當ナルニ如カス

以上ノ三說中第二說ハ官ニ過怠アルヲ以テ一罪毎ニ一刑ヲ科スルハ不可ナリト云フト雖トモ此理由ハ果シテ犯人ニ一刑ノミヲ科シテ足レリト爲スノ價值

アル乎夫レ刑法ニ規定ナキニ拘ラス數罪ヲ犯シタリトシテ數刑ヲ併科スルハ
 數ヘスシテ罰スルノ嫌ヒアルヲ以テ固ヨリ不正タルヲ免レズ然レトモ既ニ刑
 法ニ明定シタル數罪ヲ犯シ而シテ官ニ向テ曰ク「汝若シ余カ最初ニ惡事ヲ爲シ
 タルトキ直チニ余ヲ捕縛シテ刑罰ヲ受ケシメシナラハ余ハ決シテ餘罪ヲ犯サ
 ハルヘシ然ルニ當時余ヲ逮捕シテ處罰セザリシカ故ニ第二ノ所爲ヲナシタリ
 故ニ又二刑ヲ受ケス」ト此言果シテ正當ナリト云フコトヲ得ル乎今夫レ官ニ過
 意アリシハ實ニ其言ノ如シ然レトモ元ト犯罪ヲ行フハ其者ノ邪惡ナリ若シ官
 ノ過怠實ニ第二犯罪ノ原因トナルトキハ則チ犯人ノ言フ所誠ニ正當ナリト雖
 トモ官ノ過怠ハ決シテ犯罪ノ原因ト云フコトヲ得サルナリ然ラハ一刑ヲ科ス
 ルニ止メサレハ苛酷ニ失スル乎是亦未タ一概ニ然リト斷言スルヲ得ズ例ヘハ
 一人ノ盜者一圓ヲ竊取シタルカ爲メニ二月ノ刑ヲ科セラレタリ而シテ放免後
 又直ニ一圓ヲ竊取スレハ又二月ノ刑ニ科セラルヘシ此論理ヲ以テスレハ二十
 圓ヲ一度ニ竊取シタル者ニ二十ヶ月ノ刑ヲ科スル何ゾ之ヲ過嚴ト云フヲ得シ
 ヤ管ニ彼此ヨリ過嚴ナラサルノミナラス再犯ニアラサルヨリ刑ヲ加重セラル

コトナシ即チ幾クカ輕キ所アルニアラスヤ且一度罪ヲ犯シテ判決ヲ經サル
 間ハ數多ノ輕罪ヲ犯シテ順應セサルノ弊害ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ第二說ハ
 少シモ探ルニ足ラサルナリ
 然ラハ第一說ヲ正當ナリト爲ス乎曰ク是亦未タ完全ナル說ト云フヲ得ズ例之
 ハ永キ時間内惡意ヲ包藏シテ一度ニ百十萬圓ヲ盜取シタリトセヨ此者ハ如何
 ニ其惡意ノ大ニ其加害多キモ四年ヨリ以上ノ刑ヲ科スルコトヲ得ズ然ルニ此
 說ニ從フトキハ一度ニ盜取セスシテ數十度ニ盜取シタル者ハ其實千百圓ニ過
 キサルモ五年六年ノ刑ヲ科セサルヘカラス此二者ノ間其惡意其加害果シテ此
 ノ如キ霄壤ノ差異アル乎法律ニ於テ竊盜ハ四年ヲテノ刑罰ヲ加ヘテ充分ナリ
 ト思惟シタル以上ハ仮令數十度ニ數千百圓ヲ竊取スルモ其加害ト惡意ハ當然
 四年ノ刑罰中ニ含有セルモノト云ハサルヘカラス然ルニモ拘ハラス尙ホ數罪
 ニ數刑ヲ科シ此結果ヲ顧サルハ豈ニ權衡ヲ誤レルノ說ニアラスヤ且社會ノ必
 要上道理上ヨリ考察スルモ數千百圓ヲ數十度ニ盜取シタル者ニハ五年六年ノ
 刑ヲ科シ數百十萬圓ヲ一度ニ竊取セシトキハ四年ノ刑ニテ足レリトノ理ハ万

々之アルマジキ事ナリ故ニ第一説モ亦採用スルヲ得ス。斯クノ如ク第一説ハ權衡ヲ失シ第二説ハ一回最重ノ刑罰ヲ犯ストキハ無限ニ輕刑ヲ犯スル弊害アルモ第三説ハ能ク其權衡ヲ保チ其弊害ヲ除クニ足ルヘシ故ニ余ハ第三説ヲ以テ最モ正當ナルモノナリト信ス蓋シボアソナード氏モ亦此説ヲ採用セタリヘリ。以上ハ數罪俱發ヲ理論上ヨリ觀察シタルナリ遺憾ナカラ我立法者ハ第二説ヲ採用セタリ併科說ハ上段ニ陳ヘタル如ク單ニ權衡ヲ失スルノミナラス又決シテ併科スルヲ得サル場合アリ例ヘハ無期流刑ニ該ル罪ト禁錮ノ刑ヲ以テ罰スル罪ト同時ニ發シ死刑ヲ科スヘキ罪ト他ノ罪ト同時ニ發シタルカ如キ是レナリ若シ流刑ヲ科センカ則チ禁錮ノ刑ヲ科スルヲ得ス又禁錮ノ刑ヲ科センカ則チ流刑ヲ科スルヲ得ス死刑モ亦一旦之ヲ執行スル以上ハ百事皆止ミ他ノ刑ハ決シテ之ヲ科スルヲ得ス然レトモ此場合ハ無期刑ト他ノ禁錮トヲ併科スヘキ場合ト異ナル所アリテ全ク併科スルヲ得サルニアラス即チ四年ノ重禁錮ト死刑ヲ併科ス可キトキニ先ツ四年間服役セシメ然後死刑ヲ執行スレハ則チ二罪

ヲ併科スルヲ得然レトモ此ノ如キハ徒ラニ慘酷ニ流ルノミニレテ何等ノ實益ナシ故ニ此等ハ固ヨリ併科スルヲ要セス是レ又我立法者カ併科說ヲ捨テ吸收說ヲ採用シタル一理由ナラン乎我刑法ノ原則ハ吸收主義ナリ然レトモ又例外トシテ併科スル場合ナキニアラス第一例外 是レ違警罪ノ場合ナリトス第百一條ニ曰ク「違警罪二罪以上俱ニ發シタルトキハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタルトキハ一ノ重キニ從フ」蓋シ違警罪ノ刑タル極メテ輕刑ナルヲ以テ假令之ヲ併科スルモ敢テ慘酷ニ流ルノコトナシ且吸收說ハ社會ニ怠慢アルカ故ニ併科ス可カラスト云フモ違警罪ニハ此理論ヲ適用スルヲ得ス何トナレハ違警罪ハ大抵犯人ノ怠慢無意ヨリ生スルモノナレハ犯人ハ社會ニ向テ汝最初ニ余ヲ責罰セス故ニ余亦此罪ヲ犯セリト云フヲ得サレハナリ是レ此例外ノ理由ナラン然レモ決シテ苛酷ニ流ルノコトナシト云フヲ得ス第二例外 沒收ノ刑ハ之ヲ併科ス第百三條ニ曰ク「數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フト雖トモ其沒收及ヒ徵價ノ處分ハ各本條ニ從フト」其然ル所以ノ理ハ元ト沒

收ノ刑ヲ科スルノ目的ハ其物件ヲ官ニ取上ケサレハ危險ナルカ或ハ犯人ヲシテ不當ノ利益ヲ得セシムルノ恐アル等ノ理由アルニ因レリ即チ沒收ハ犯人ヨリハ寧ロ物件ニ關ス故ニ之ヲ併科スルノ必要ヲ見ル例之ハ一ノ竊盜罪ニハ棍棒ヲ用ヒ他ノ竊盜罪ニハ兇器ヲ用フタル時ノ如キ其棍棒兇器共ニ之ヲ取上ケサレハ此刑罰ノ目的ヲ達スルヲ得サルヘシ

刑法規定ノ例外ハ以上二個ノ場合ニノミ併科說ヲ採用セリ然レトモ尙他ニ之レカ例外ヲ設クヘキ場合ナキニ非ス例之ハ監視規則ノ如シ今國事犯ノ罪ト竊盜ノ罪ト俱發シタリトセヨ此ノ場合ニ吸收說ニ從フ時ハ國事犯ノ罪重キヲ以テ其刑ノミヲ科セサル可カラス果シテ然ラハ遂ニ監視ノ目的ヲ達スヘカラサルニ至ルヘシ何トナレハ監視刑ナルモノハ或犯人ノ再犯ヲ豫防スルニ在レハナリ今竊盜ヲ犯シタル者ニハ必ス監視ヲ附加シテ將來ノ危險ヲ防遏セサルヘカラスト爲シタリ然ラハ此場合ニハ國事犯ノ刑ト竊盜ノ附加刑即チ監視ヲ附加シ以テ其者ヲ懲戒セサルヲ得サルニアラスヤ然ルニ現行刑法ノ規定第一ノ例外ヲ設ケ却テ茲ニ及ハサルハ余ノ遺憾トスル所ナリ

數罪俱發スレハ一ノ重キニ從ヒ處斷スルトキハ如何ナル效果ヲ生スル乎以下之ヲ講究セシ

重罪ハ第二百二條第二項ニ規定シタルカ如ク第一ニ期限ノ長短ニ因テ其輕重ヲ分メサルヘカラス故ニ重懲役ハ輕懲役ヨリ重シトシ以テ重懲役ヲ科セサル可カラス又同シ輕懲役ニテモ一罪ハ七年一罪ハ八年ニテ罰スヘキトキハ九年ノ輕懲役ニテ罰セサル可カラス次ニ刑期ノ等シキモノハ定役ノ有無ニ因テ其輕重ヲ分ツ故ニ例ヘハ有期流刑ト有期徒刑ト俱ニ發スルトキハ有期徒刑ヲ重トシ以テ此刑ヲ科セサルヘカラス此ノ如ク重懲役ヨリ有期流刑ヲ重トシ又有期徒刑ヨリ有期流刑ヲ輕シトスヘキモ流刑ト徒刑懲役ハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナレハ却テ反對ノ現象ヲ生スルヤモ亦知ルヘカラス故ニ此規定ハ何ノ點ヨリ看來ルモ徹頭徹尾宜シキヲ得タルモノト云フヘカラサルコトアラシ

輕罪ニ就テハ全條第三項ニ其所犯情狀最重キ者ニ從テ處斷スト規定シタリ故ニ裁判官ハ能ク罪狀ヲ斟酌シテ其輕重ヲ定メサルヘカラス然レトモ裁判官ハ何ヲ根據トシテ一方ヲ重シトシ一方ヲ輕シトスルヤ實際科スル所ノ刑ニ據フ

サルヲ得ス例之ハ二箇ノ犯罪ヲ同時ニ裁判シ一罪ハ一年又他ノ一罪ハ十ヶ月ニ科スヘキトキハ其十ヶ月ニ處スル罪ヲ重ト斷定スルヲ得ス故ニ此場合モ亦重罪ノ場合ニ於ケルカ如ク其情狀ノ輕重ハ先ツ刑期ノ長短ヲ付度シ刑期ノ長キ者ヲ以テ重トシ刑期ノ短キモノヲ以テ輕トス可ク又刑期同一ナルトキハ定役ノ有無ニ因テ其輕重ヲ判定セサルヘカラス是レ立法者ノ精神ナリ然ラハ則チ重罪ト輕罪トニヨリテ輕重ヲ分別スルノ方法ヲ異ニシタルニアラス余ハ第二項ト第三項トヲ設ケタルノ理ヲ知ルニ若マズシハアラス

以上ハ同一ノ起訴ニ因テ數罪俱ニ發シタル場合ナリ尙ホ他ニ起訴ヲ異ニシテ發スルヲ往々ニシテ之レ有リ而シテ其處分法ハ前述ノ場合ト同一ナラサルヲ以テ刑法亦之レカ規定ヲ異ニシタリ

第百條ハ同一ノ起訴ニ因テ總テノ犯罪ガ俱ニ發シタル場合ヲ見タリ然レトモ數罪俱發ハ必スシモ此ノ如キ場合ノミニ限ラス時日ヲ異ニシ起訴ヲ異ニシテ發スルヲ數々之レアリ此ノ如キ時ハ如何ニ處分スレハ第百條ノ規定ヲ満足セシムルヲ得ル乎曰ク此時ハ三個ノ區別ヲ爲サルヘカラス

第一先ツ疑ノ存セサル場合ハ第一ノ犯罪ヨリ第三ノ犯罪ニ至ルマデ總テ未ダ確定ノ判決ヲ經由セサル間ニ發シタルトキニシテ即チ其中ノ最重ノ罪ニヨリ之ヲ論スレハ足レリトス

第二此簡短ナル適用ヲ外ニシテ他ニ假定ヲ索メン數罪中或一罪ハ既ニ判決ヲ經テ執行中若ク執行後他罪發シタル時トス此場合ハ其執行シタル刑期ト後發ノ犯罪ノ刑期トヲ計算セサルヘカラス而シテ後發ノ罪輕キトキハ之ヲ論セス若シ既判ノ犯罪ヨリ後發ノ犯罪重キ時ハ前後ノ刑ヲ通算シ前發ノ刑二年ニシテ既ニ一年間服役ヲ爲シ後發ノ刑三年ナルトキハ其刑期ノ全數三年ヨリ一年ヲ扣除シ殘餘ノ二年ヲ科ス(第百二條第一項上段然ルニ此通算ノ方法ハ前後ノ犯罪何レモ体刑ニ該ルトキハ實ニ容易ナリト雖トモ或ハ前發ノ刑ハ罰金ニ處セシレ後發ノ刑ハ体刑ニ處セラルヘコトアリ此ノ如キ時ハ第二十七條ニ因リ一圓ヲ一日ニ折算シテ前後ノ刑期ヲ通算ス可ク而シテ之カ折算ヲ爲スニハ重禁錮ナルト輕禁錮ナルトヲ問ハサルナリ故ニ實際通算其平ヲ得サルコトアリ

第三ノ假定ハ數罪中一罪ハ已ニ宣告ヲ受ケ而シテ他ノ一罪ハ宣告後ニ犯シタル

罪ト俱ニ發シタル場合ニシテ即チ數罪中ノ一罪ハ前判ノ罪ト數罪ニシテ他ノ一罪ハ前判ノ罪ト再犯ナル場合ナレハ數罪俱發ト再犯加重ノ二要素ヲ混同シタリ今之ヲ處分スルニハ如何ナル方法ニ依ルヘキ乎我刑法ハ再犯ノ罪ニハ再犯加重ノ規則ヲ適用シ數罪俱ニ發シタル點ニ付テハ數罪俱發ノ規則ヲ適用セリ故ニ例ヘハ一人三罪ヲ犯シ第二罪ハ已ニ裁判宣告ヲ受ケ後第一罪第三罪ト俱ニ發シ而シテ第一罪ハ判決前ニ犯シ第三罪ハ判決後ニ犯シタリトセヨ此ノ如キ時ハ第三罪ハ第二罪トノ關係上再犯ニ係ルヲ以テ加重シテ之ヲ罰シ又第一罪ハ加重シタル第三罪ト俱ニ發シタルカ故ニ之ヲ比照シテ其重キ一罪ヲ論シ復タ其重キ刑ト第二罪ノ刑トヲ通算セサルナリ蓋シ法文ハ此ノ如ク簡短ナルモ其結果種々ノ變化ヲ生ス左ニ之ヲ研究セシム

(一) 第一罪ハ重懲役十一年第二罪ハ輕懲役八年而シテ第三罪ハ重禁錮四年ナル場合ニ第二罪ハ既ニ判決ヲ受ケタリトセヨ此時ハ第三罪ハ再犯ニ係ルヲ以テ之ヲ加重シテ罰シ又第一罪ト第三罪ハ同時ニ發覺シタルヲ以テ之ヲ比較シテ一ノ重キ第一罪ヲ科セサル可カラス此ノ如クスレハ犯人ハ如何ナル刑ヲ受ケ

ル乎實際重懲役十一年ト輕懲役八年トヲ合計シ都合十九年ノ刑ヲ受ケサルヘカラス然レトモ重懲役ト輕懲役ト共ニ發覺シテ已ニ處斷ヲ經タル再犯タル第三ノ犯罪發覺シタリトセハ重懲役十一年ト重禁錮四年ヲ合算シテ十五年ノ刑ニ處セラルヘシ即チ本條ハ犯人ニ取リテ不利益ナリ

(二) 第一罪ハ重禁錮四年第二罪ハ輕懲役八年又第三罪ハ重懲役十一年ナル場合ニ先キニ輕懲役八年ニ處セラレ餘罪タル重禁錮四年ニ該ル罪ト重懲役十二年ノ再犯罪ト俱ニ發シタルハ之ヲ比較シ一ノ重キ重懲役ニ處ス即チ輕懲役ニ合算シ則チ十九年ノ刑ヲ科セサルヘカラス此場合ハ假令前ニ重禁錮ノ罪ト輕懲役ノ罪ト俱ニ發覺シテ之カ判決ヲ受ケタル後重懲役ニ再犯罪發覺シタルトキモ亦合計十九年ノ刑ヲ受ケヘケレハ本條ハ犯人ニ取リテ損益アルコトナシ

(三) 第一ニ輕懲役八年第二ニ重禁錮四年又第三ニ重懲役十一年ノ犯罪ヲ犯シ已ニ第二ノ重禁錮四年ニ處斷セラレタル場合ハ俱ニ發シタル第一及第三ノ犯罪ヲ比照シテ一ノ重キ重懲役十一年ニ處ス故ニ此場合ハ全ク第一ノ場合ニ反シテ實際合計十五年ノ處刑ヲ受ケ然レトモ若シ第一及第二ノ犯罪俱ニ發覺シテ后

ニ第三ノ再犯罪發覺スルトキハ則チ合計十九年ニ處刑ヲ受ケサル可カラス故ニ犯人ハ本條ノ利益ヲ受ク
以上ノ仮定ニ依レハ第一ノ場合ハ第二百二條第二項ノ規定アルカ爲メニ犯人ノ損失トナリ第二ノ場合ハ此法文ノ規定アルト否トヲ問ハス犯人ニ利害ナク第三ノ場合ハ此法文ノ規定アルカ爲メニ犯人其利益ヲ受ク蓋シ第三ノ場合ニ於テ犯人ノ利益ヲ得ルハ至當ノ事ナリ何トナレハ法律ハ數多ノ犯罪未ダ判決ヲ經シテ同時ニ發シタルトキハ其中ノ最モ重キ刑ヲ科スルトキハ他ノ犯罪ハ防遏スルヲ得ヘント思惟シタリ故ニ此場合ニ再犯罪ノ重懲役ヲ以テ罰スルトキハ未ダ判決ヲ經サル輕懲役ノ犯罪モ亦之ヲ防遏スルヲ得ケレハナリ然レハ四年ト八年トヲモ通計シ合計十九年ノ刑罰ヲ科スルノ必要ナシ然ルニ第一ノ場合ニ此法文ノ規定アルカ爲メニ犯人損失ヲ被ルハ毫モ其理由ナキカ如シ何トナレハ通算シテ重懲役十一年ニ處ス猶本且四年ノ重禁錮ニ處スレハ數罪俱發ト再犯加重トノ精神ヲ滿足スレハナリ然ルニ立法者此ノ如ク處罰セサルハカラストシタルハ何ツヤ蓋シ原則トシテ再犯ノ場合ハ加重シテ罰セサルヲ得サルコ

トハ既ニ見ル處ニシテ此場合ヲ如キモ亦此原則ヲ適用セサルカラス然レテ今此場合ヲ見ルニ犯人ハ既ニ輕懲役八年ニ處セラレ尙且之ニモ懲リスルテ重禁錮四年ノ犯罪ヲ行フタルニアラスヤ然ラハ則チ此者ニ向ヒ重懲役ト輕懲役ト比較シ一ノ重キ重懲役ニ處シ其刑十一年ヨリ已ニ執行シタル八年ヲ扣除シテ得タル殘數三年ヲ執行シ之ニ再犯罪ノ重禁錮四年ノ刑ヲ加ヘテ七年ニテ罰スルモ未ダ其者ヲ懲ラスニ足ラス故ニ更ラニ十一年ノ重懲役ニ處スルナリ是レ或ハ立法者ノ意ナラン然ラハ再犯加重ノ制度ヲ改正シ必ス前判ノ刑ヨリ刑ヲ科スヘク後犯ノ罪ノ刑ニ一等ヲ加フルノミヲ以テ足レリトス可ラス之ヲ要スル其意ハ不可ナシト雖トモ現行刑法ノ主義ヨリ立論スレハ到底此規定ヲ説明スルコトヲ得ス
注意第百條ニ一ノ重キニ從ヒ處斷ス」トアリ此語詞ハ能ク之ヲ了解シ得ルモ第百二條ニ之ヲ論セス」トアリ此語詞ニ因テ見ルトキハ罪ト爲サヘルカ如ク解シ得ヘシ然レトモ是レ決シテ無罪トスルノ意ニ解スヘカラス其罪ハ罪トシテ之ヲ問フモ唯之ニ刑ヲ科セス」ト云フノ精神ナリ是故ニ既ニ最重ノ罪ヲ起訴スレ

ハ其他輕微ノ罪發覺スルモ之ヲ起訴スルノ必要ナキカ如シト雖トモ尙之ヲ起訴セサル可カラス何トナレハ其罪ハ之ヲ論セザルヲ得サルナリ然ルニ實際ニ於テハ數罪中一罪ハ已ニ判決ヲ經テ餘罪后ニ發シタルキハ其罪輕キヲ以テ之ヲ論セストノ判決ヲ下シ又ハ數罪俱發ナルヨリ一ノ重キ某罪ニ從ヒ斯々ノ刑ヲ科スト宣告スル等現ニ其科スル所ノ犯罪ニ就テモ刑ヲ秤量スルハ不完全ナル裁判ト云ハサル可ラス之ヲ完全ナル裁判ヲ言渡スニハ各罪ニ法條ヲ適用スルノミナラス各其刑ヲ秤量シ而シテ斯々ノ罪ハ既ニ判決ヲ經タルヲ以テ之ヲ論セス又某ハ一ノ重キ某罪ヲ論ストモサレ可カラス然ラサレハ其言渡シタル刑ニシテ大審院ニテ破毀ヲ主無罪トナルトキハ餘ヲ刑モ亦悉ク免脫スルニ至ラン

第二節 數人共犯

前節ニ述タル數罪俱發ハ一人ニテ許多ノ犯罪ヲ行フタル場合ニシテ數人共犯ハ犯罪ハ一人ニシテ犯人ハ數多アル場合ナリ曩ニ述タルカ如ク凡ソ犯罪ハ種

々ノ時期經過シテ構成スルモノナリ故ニ一罪ニ付テ其時期中ノ此部ニ加ハレル者數人アリ又彼ノ部ニ加ハレル者數人アリ例之ハ第一者ハ犯罪ノ意思ヲ誘起セシムル者アリ或ハ其所爲ヲ爲サンコトヲ決定セシムル者アリ或ハ罪犯ヲ豫備ノ所爲ヲ爲ス者アリ或ハ犯罪ノ實行ノ所爲ヲ爲ス者アリ而シテ此等總テノ事柄ニ付テハ罪トナルヘキモノアリ罪トナラサルモノアリ又同シク罪トナルヘキ事柄ニ付テモ其罪ハ同ニシテ刑ニテ處罰スヘキ乎又ハ輕重ノ差ヲ付テ所罰スヘキ乎一々之ヲ定メサル可カラス然レトモ法律ハ是等萬般ノ事柄ニ付テハ決定ヲ爲スノ必要アラサルナリ故ニ何レノ刑法ニ於テモ其大体ニ付テ之ヲ區別ヲ立テ深ク其微細ニ進入セズ我刑法モ亦其梗概ヲ規定スルノミニ止メテ我刑法ノ規定ニ依レハ第一犯罪ニ決定ニ關與スル者第二犯罪ノ豫備ニ關與スル者第三犯罪ノ實行ニ關與スル者ノ三種ニ區別シ而シテ第一及ヒ第三ヲ正犯ト爲シ第二ヲ從犯ト爲シタリ以テ順次之ヲ説明セシメ

第一款 正犯

(刑法)

正犯中先ツ犯罪ノ實行ニ關與セル者ニ付一言セン

犯罪ノ實行ニ關與スル者トハ何ツヤ此問題ハ甚タ簡短ニ答フルコトヲ得ルモ實際ニ至リテハ困難ナル場合ニ遭遇スヘシ先ツ二三ノ例ヲ舉ゲテ之ヲ研究セシニ例ハ甲乙ヲ殺害セシト欲シ毒藥ヲ皿ニ盛りテ之ヲ差スルニ乙敢テ之ヲ飲マズ因テ丙ナル者乙ノ後部ヨリ其兩腕ヲ擁扼シテ無理ニ毒藥ヲ飲マシメタリ此場合ハ甲丙共ニ犯罪ノ實行ニ關與セル者ニシテ第四百四條ノ正犯タル事ハ何人モ一致スル所ナリ今少シ之ヲ趣キテ變シタル場合ヲ假定セン甲乙ヲ毒殺セントスルニ方リ丙其門戸ヲ固ク閉鎖シテ乙ノ通路ヲ遮斷シタリトセシ此時モ亦犯罪ノ執行ニ關與シタルモノナルヲ明白ナリ然レトモ此者果シテ正犯ト爲スヘキ乎今又竊盜ノ場合ヲ取テ之ヲ例センニ甲竊盜ヲ爲サントスルニ際シ乙某家ノ鎖鑰ヲ擊撞シテ其家内ニ闖入セシメタリトセヨ此者ハ其實行ニ關與シタル正犯ナリトスルヲ得ル乎又竊盜ヲ爲サント欲シテ某家ノ門前ニ到リシ所口牆壁高フレテ之ヲ踰越スルニ由無シ適を知己某其所ヲ通行スルニ會シ其肩ヲ借りテ牆壁ヲ踰越シ而シテ遂ニ其目的ヲ達セタリトセハ如何此時

モ亦現ニ犯罪ノ執行ニ關與シタルニ相違ナシ然レトモ其正犯ト爲ス可ト得ルモ否ヤ

以上ノ場合ハ皆多少疑ナキヲ得ス果シテ然ラハ第四百四條ニ所謂現ニナル文字ハ如何ナル意義ヲ有スル乎之ヲ了解スル極メテ困難ナリ何トナレハ此事ハ究竟事實ノ問題ニ屬シ克ク其場合ヲ鑑査セサレハ容易ニ決定シ易カラサレハナリ然レトモ裁判官ハ何等ノ標準ヲ有セス隨意ニ犯人ノ正從犯ヲ決定スルヲ得ス然ラハ則チ其現ニ罪ヲ犯シタルト否ラサルトハ何ヲ根據トシテ之ヲ定ムベキ乎蓋シ其最モ近真ナル定義ヲ下サハ現ニトハ直接ニ犯罪ノ執行ニ關與スルヲ云フト解セサル可カラス之ヲ一言ニ約セハ現ニトハ本質ナリ本質ナリ而シテ犯罪ハ本質本真ハ犯罪ノ執行自体ニ關與スルヲ謂フナリ故ニ直接ニ犯罪ノ執行自体ニ關與スル者ハ皆之ヲ正犯ニナシ否ラサル者ハ正犯ニ非スト斷定スルヨリ他ニ途ナカル可シ夫レ然リ然シテ余ク此決定ニ因テ前例ヲ決斷スレバ如何二人カ某ヲ毒殺セシトスルニ當リ他一人カ背部ヨリ某ヲ擁扼スルヲ所爲ハ則チ犯罪ニ直接ニシテ門戸ヲ閉鎖シ之カ通路ヲ遮斷スルカ如キハ直接ニ

ヲサルナリ又第二例ニ於テモ鎖鑰ヲ擊擄スルハ家内ニ入りテ物品ヲ竊盜スルニ欠ク可カラサル所爲ナルモ直接ニ犯罪ノ執行自体ニ關與セサル者ト云フヲ得ス况ニヤ梯子ノ代リニ肩ヲ貸シタル所爲ノ如キニ至リテハ益々犯罪ノ實行自体ニ關セサルヤ明カナリ

(注意)正犯ノ各人ハ各々自ラ犯罪ノ決意ヲ爲スヲ要ス然レトモ豫備ノ所爲ト自ラ之ヲ爲スト否トヲ問フヲ要セス唯自ラ決意シテ實行ノ所爲ヲ行フタル者ニ非サレハ正犯ト爲スヲ得ス而カモ其決意ノ遲速ハ問フ所ニアラサルナリ

他ノ正犯ヲ教唆者ト爲ス佛國刑法ハ教唆トハ如何ト云ヘル問題ニ對シ逐一其教唆ノ方法ヲ明示セリ曰ク詐欺脅迫贈與結約威權ヲ以テ犯罪ヲ行ハレメタル者ヲ教唆者トスト然レトモ我刑法ハ此等ノ方法ヲ列記セス故ニ我刑法ノ教唆者ハ佛國刑法ノ教唆者ヨリ其意義汎博ナリ故ニ佛國ニ於テハ犯罪ヲ爲スノ意思ナキ者ニ之カ決意ヲ與ヘタル者ハ其方法ノ如何ヲ問ハス皆テ教唆者トスルヲ得ストノ議論起ルモ我刑法ノ下ニ在テハ毫モ此如キ議論ヲ生セサルナリ

然ラハ現ニ罪ヲ犯シタル者ニ決意ヲ與ヘタル者ハ如何ナル場合ヲ問ハス之

ヲ教唆者ト云フヲ得ル乎是レ亦事實ノ問題ニ屬スルヲ以テ豫メ之ヲ一定スルヲ得ス今疑ノ存セサル一二ノ例ヲ舉示セン既ニ罪ヲ犯スノ意思アルモノニ決意ヲ與フル如キハ教唆ト云フヲ得ス決意ヲ與ヘタルハ其犯罪ニ尤モ近接ナルヲ要ス故ニ例ヘハ單ニ犯罪ノ決意ヲ起スノ誘因タルニ過キサルモノ又ハ既ニ起シタル決意ヲ鞏固ナラシムルモノハ皆教唆ト云フヲ得ス故ニ又三年前ニ犯罪ヲ行フ事ヲ懲罰セシ今日之カ犯罪ヲ行フタル時ノ如キモ決シテ教唆ト云フヲ得ス何トナレハ則チ今日ノ犯罪ニ直接ナル決意ヲ與ヘタルニ非サレハナリ其他困難ナル諸種ノ問題ニ遭遇スルコアルヘキモ此決定ニ因リテ之ヲ判斷セハ其正鵠ヲ過ラサルニ庶幾カラシ

一旦教唆ヲナシタル后未ダ犯罪ヲ實行セサル以前ニ教唆者犯罪ヲ止メタルモ遂ニ聽カスシテ實行シタル時ハ如何此場合ニ付大ニ議論アルモ余ハ教唆ヲ以テ論セスト論定スルニ苦マサルナリ何トナレハ一旦教唆ヲ爲スモ之ヲ止メタル以上ハ之カ制止ヲ爲シタルニモ拘ハラス尙進ンテ犯罪ヲ實行スルハ全ク自巳實行者自身ノ意思ヨリ出テ自己ノ隨意ニ爲シタル犯罪ニシテ前ノ教唆ハ誘

因タルニ過キサレハナリ即チ其教唆ハ此犯罪ノ直接ノ原因ト云フヲ得サルニ至レリ

以上教唆ニ付テノ大要ヲ説テセリ尙ホ茲ニ文字上ノ事ニ付テ一言スヘキモノアリ法律ヲ離レテ論スルハ教唆者ハ性質上正犯トスヘキ乎將タ從犯トスヘキ乎是一問題ナリ然レモ我刑法ハ正犯ト爲ストノ明文アルヲ以テ性質上ヨリ見ルモ亦之ヲ正犯ト爲サハル可カラズ蓋シ犯罪ノ要素ハ元ト意思ト事實トノ二者ヨリ構成スルモノニシテ即チ教唆者ハ無形ノ意思上ニ勵キヲ爲シ被教唆者ハ有形ノ所作上ニ勵ヲ爲シ二者相抱合シテ完全ナル一個ノ犯罪ヲ顯出スルモノナレハ猶ホ實行ノ一部ヲ擔任シタルニ異ナラス

我立法者ノ意ハ此ノ如クナルヘシ然レモ教唆者ヲ以テ從犯ト爲スモノアリ其理由ニ曰ク縱令一人ハ無形ナル意思上ノ勵キヲ爲シ他ノ一人ハ有形ナル所作上ノ勵ヲ爲シ各犯罪ノ要素ヲ分擔シテ罪ヲ爲ストハ言ヘ之ヲ正犯ト爲スハ不道理ナリ若レ之ヲ正犯ト爲ス以上ハ豫備ノ所爲ヲ分擔スル者モ亦之ヲ正犯ト爲サハル可カラサルニ至ラン然ルニ正從犯ノ區別ハ全ク其爲ス所ノ所爲カ犯

從犯

第二節 從犯

罪自体ニ係ルト否トニ因ル然ラハ教唆者ノ如キ其所爲自体カ罪トナラサル者ハ之ヲ從犯ト爲スヘク決シテ正犯トスルヲ得スト此說稍々理由アルカ如シ然レトモ我刑法ハ之ヲ採用セス

從犯ハ其所爲自体ヲ見ルトキハ毫モ罪トナラズト雖トモ其所爲カ間接ニ他ノ犯罪ニ加功スルカ故ニ之ヲ罰ス我刑法ハ從犯トナルヘキ所爲ヲ列記セタリ第一ニ器具ヲ給與シトアリ器具ヲ給與スルトハ人ヲ殺ス所ノ刀劍ヲ貸與シ盜ヲ爲スニ用フル合鍵ヲ作ルカ如シ第二ニ誘導指示シトアリ誘導ハ犯罪人ヲ誘引スルヲ云ヒ指示ハ某家ハ表面ノ取締ハ堅牢ナルモ裏面ハ不要心ナルヲ以テ裏面ヨリスルトキハ容易ニ其家内ヘ闖入スルヲ得ヘシ或ハ某ノ方法ヲ用ユヘシト教示スルカ如キヲ云フ終リニ其他豫備ノ所爲トアリ豫備トハ犯罪ヲ實行スルニ先チ準備ノ所爲ヲ爲スコトヲ云フ盜ヲ爲ス者ノ爲メニ梯子ヲ荷フテ行クカ如キ是ナリ從犯ハ此ノ如ク豫備ノ所爲ヲ爲シタル時ノミニ限ル乎若シ然リト決定スルト

キハ正犯ト從犯ノ區別ハ洵ニ明白ナリ然レトモ亦他ニ大ナル不都合ヲ生スルニ至ラン前キニモ述ヘタル如ク人ヲ殺スニ當リ被害者ノ道路ヲ遮斷シ盜ヲ爲スノ間被盜者ノ門前ニ在リ瞭望スルカ如キハ元ト豫備ノ所爲ニアラスト雖トモ亦從犯ナリ然ルニ法文ノ豫備ナル文字ニ拘泥シテ之ヲ解スルトキハ此等ノ場合ハ豫備ノ所爲ト云フヲ得サルヲ以テ從犯トシテ之ヲ罰スルヲ得サルヘシ然ラハ第百九條ニ所謂豫備ナル文字ハ少シク狹隘ニ失シタリト云ハサルヘカラス是故ニ學理上正犯從犯ノ何タルコトヲ知ルニハ直接ニ犯罪ニ加功シタル乎將ヲ間接ニ之ニ加功シタル乎ヲ審究シ間接ニ犯罪ニ加功シタルトキ即チ犯罪ヲ幫助シ又ハ容易ナラシメタル所爲ハ從テ從犯ト爲サルヘカラス

從犯ハ刑法之ヲ罰ス然ルニ唯梯子ヲ荷擔シ合鍵ヲ制作シ又ハ刀劍ヲ砥礪スルカ如キハ假令犯罪者タル本人ニ於テ此等ノ所爲ヲ爲スモ之ヲ罰スルコトヲ得ス然ラハ則チ他人之ヲ爲スニ於テハ益々罰ス可ラサルニアラスヤ然ルニ刑法之ニ反シ他人カ此等ノ所爲ヲ爲セハ則チ其者ヲ罰スルハ何ノ故ゾヤ曰ク第一ニ犯罪ヲ幫助シ若クハ之ヲ容易ナラシムルノ惡意アレハナリ若シ其者ニ惡意

ナケレハ之ヲ罰スルヲ得サルハ論ヲ待タス何トナレハ第百九條ニ重罪輕罪ヲ犯スヲ知リテ云々トアレハナリ第二從犯者ノ所爲即チ其爲シタル豫備ノ所爲(元ト罪トナラサル所爲ニ止マルトキハ之ヲ罪トスルヲ得スト雖トモ彼レ其所爲ヲ爲シタルカ爲メ竟ニ一個ノ犯罪ヲ作ルニ至レリ即チ他人カ受ケタル害ハ從犯者ノ直接ニ爲シタル所爲ノ結果ニアラサルモ其間接ニ與ヘタルモノナルヲ以テ之ヲ罰スルナリ之ヲ要スルニ其所爲元來罪トナラサルモ犯罪ノ行爲ト合シテ一体ヲ爲ストキハ之ヲ罰セサルヲ得ス

以上正犯教唆者及從犯ノ何タルト此三者ノ罰セサル可カラサル所以ヲ說了セリ以下如何ナル條件ヲ具備スルニ至リテ之ヲ罰スヘキ乎ヲ陳ヘントス

正犯ニ付テハ特ニ述フ可キ條件ナシ何トナレハ各自現實ニ一罪ヲ爲スヲ以テナリ故ニ責罰スルニ要スル條件ヲ述フルハ全ク教唆者ト從犯者トニ關スルノ

正犯者ノ實行シタル所爲罪トナルコトヲ要ス例ヘハ正犯者ノ實行シタル所爲大赦ニ遭フテ無罪トナリタリトセヨ此ノ如キハ實行者既ニ無罪ナルヲ以テ教

唆者、及從犯者、モ、亦罪ナキハ當然ノ事ナリ、然ルニ茲ニ一言スヘキモ、ノアリ即チ
 外國ニ於テ犯シタル罪ノ教唆者又ハ從犯者ハ如何ニ之ヲ處置スヘキ乎若シ其
 正犯者ヲ日本刑法ニ依テ罰シタル時ハ教唆者若クハ從犯者モ之ヲ罰スヘシト
 雖トモ否ラサレハ之ヲ罰スルヲ得ス何トナレハ日本刑法ニ依テ罰セサル以上
 ハ日本刑法ヨリ見レハ實行者罪人ニアラス罪人ニ非サル者ニ對シテ如何ニ教
 唆ヲナシ又ハ器具ヲ給與スル等ノ所爲ヲ爲スモ罪トシテ罰スルコトヲ得サレ
 ハナリ
 然レトモ罪トナルヘキ所爲ヲ實行スレハ足レリトス故ニ假令實際ニ罪ヲ
 犯シタル者即チ正犯者カ逃亡シタルハ死シタルノ事實アリトスルモ逃亡シタル
 ハ死去セシ者カ罪トナルヘキ所爲ヲ實行シタル証明アル以上ハ教唆者及從犯
 者ヲ罰セサルヲ得ス
 此ノ點ニ付テ一ノ問題アリ有夫姦ノ場合ニ於テ姦婦死去スルカ又ハ逃亡シタ
 ルトキハ他ノ共犯者之ヲ罰スルコトヲ得ルヤ否ヤ今述ヘタル所ニ因リ教唆者
 又ハ從犯者ハ正犯者カ罪トナルヘキ所爲ヲ實行シタル以上ハ假令正犯者其後

ニ死去若クハ逃亡スルモ尙ホ之ヲ罪トシ罰スト云フノ理ヲ擴張スレハ此場合
 ニ於ケル姦夫ハ正犯者ニシテ教唆者從犯者ニアラサルヲ以テ一層罰セサル可
 カラサルガ如シ然レトモ亦他ニ罰ス可カラサル理由ナキニ非ス夫レ有夫姦ノ
 罪ハ相姦ノ婦ニハ有夫ノ婦ナルコトヲ確實ニセサレハ罪トシテ罰スルコトヲ
 得サルモノナリ然ルニ若シ其姦婦カ死去シタルト假定セハ其婦女ハ實ニ有夫
 ノ婦ナルコト明白ナルヘキモ果シテ姦夫ト通シタルヤ否ヤ之ヲ明知スルコト
 ヲ得ス左レハ此般ノ罪ヲ斷定スルニハ必ス其姦婦ノ辯護ヲ聞テ后チ其是非曲
 直ヲ判定セサルヘカラス加之有夫姦ノ場合ニ姦婦ノ任意承諾ハ犯罪構成ノ元
 素ナリ故ニ是又婦ノ辯護ヲ聞クコトヲ要ス是ヲ以テ姦夫ノ死去シタルト否ト
 ヲ問ハス姦婦ヲ罰シ得ヘキモ姦夫ハ其姦婦ノ死去シタルトキハ最早之ヲ罰ス
 ルヲ得ス果シテ然ラハ少クモ一箇ノ問題トナル以上ハ之ヲ例外中ニ置カサル
 ヘカラス
 正犯者教唆者及ハ從犯者ニハ如何ナル刑罰ヲ科スヘキ乎
 第一真正ノ正犯者ハ各自ニ本刑ヲ科スヘシ此決定ハ少シモ批難スルコトヲ得

サルモノトス例之ハ二人ニテ人ヲ殺害スレハ各死刑又ハ無期徒刑ニ處斷スルカ如シ蓋シ刑罰ハ恰モ負債返償ノ如ク二人ニテ一ノ犯罪ヲ行フトキハ一半ヲ其刑ヲ負擔スヘシト云フ者アリシモ此說ハ全ク立法者ニ排斥セラレタリ何トナレハ元來刑罰ハ實ニ犯人ヲ懲戒スルヲ以テ主タル目的トナレ又併セテ世人一般ニ對シテ警誡ヲ加フルノ目的ヲ有ス然ルニ其科スヘキ所ノ刑ヲ二人ニテ分擔スルモノトスレハ第一ニ其犯人ヲ懲戒スルヲ得サルニ至ラン殺人罪ノ犯人ハ無期徒刑ニアラサレハ真心悔悟セシムルニ足ラス然ルニ其半ヲ科スレハ未タ懲戒スルニ足ラサルナリ特ニ他人ニ向テハ何等ノ効驗ヲ見ルヲ得サルヘシ何トナレハ今二十年ノ刑ヲ科スヘキ所ノ犯罪ヲ二十人ニテ犯ストキハ各一年ノ刑ヲ受クルヲ以テ足レリトスレハ人々一人ニテ罪ヲ犯スノ困難ニシテ重刑ヲ受クルヨリハ數人ニテ犯スノ容易ニシテ輕刑ヲ受クルノ便宜ナルヲ知り益々犯罪ヲ増加スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ

第二教唆者ハ正犯ト同一ノ刑ヲ科スルハ我刑法ノ規定ナリ然レモ教唆者ハ現ニ犯罪ヲ實行スル者ト其刑ヲ異ニシテ教唆者ヲ輕ク罰スヘシト云フ者アリ其

說ニ曰ク教唆者ハ惡意ノ程度實行者ニ比シテ淺少ナリ今通常ノ有様ヲ見ルモ自ラ盜奪ヲ行フヨリハ口ノミニテ之ヲ言フハ甚タ容易ナルニアラスヤ容易ナル事ヲ爲ス者ハ其情自ラ輕シト云ハサル可ラス加之教唆者ノ刑ヲ輕クスルハ大ニ犯罪ノ數ヲ減少スルノ利益アリ教唆者ヨリ犯罪ヲ實行スル者ヲ重ク罰シ其責任ヲ重大ニスルハ仮令教唆スル者アリト雖トモ之ニ應スル者稀少ナリ例之ハ今人アリ他人ニ向ヒ汝某ヲ殺スルハ予其報酬トシテ若干ノ金員ヲ贈與セント云フト仮定セヨ若シ實行者教唆者ト同一ノ刑罰ヲ科セラルハ其或ハ其請ヲ承諾シテ殺人犯ヲ行フニ至ルヘシト雖トモ教唆者ヨリ實行者ヲ重ク罰スルハ先ツ其利害ヲ計考スルヲ以テ大概其犯罪ノ實行ヲ否拒スルニ至リ隨テ犯罪ノ社會ニ生スルコトモ大ニ其數ヲ減スルノ望アリ

此說全ク非ナラス然レトモ亦一方ヨリ考フレハ教唆者ハ實行者ニ比シテ惡意ノ程度淺少ナリト云フハ頗ル疑ハシ例ヲ舉ケテ之ヲ言ハシニ猾智ノ人愚鈍ノ者ニ向ヒ汝ニ若干金ヲ贈與スルヲ以テ盜盜ヲ勸クヘシト教唆シタリトセン其惡意何レカ大ナルヤ盜盜ヲ實行セシ者ヨリハ之ヲ教唆シタル者ノ惡意大ナル

言ハスレテ明ナラシ又親カ其子ニ向ツテ或犯罪ヲ命令シテ之ヲ遂行セシメタルトキハ親子ノ惡意何レカ大ナルヤ子ヨリモ親ノ惡意大ナリト云フヲ得ル果シテ然ラハ教唆者ハ常ニ實行者ヨリ惡意ノ程度淺少ナリト云フ得サルナリ且夫レ教唆者ハ毛頭ノ犯意ナキ者ニ決意ヲ與ヘテ犯罪ヲ實行セシムル者ニアラスヤ然ラハ則チ教唆者ハ犯罪ノ製造人ニシテ教唆ナケレハ犯罪アルコトナクナリ此点ヨリ云フハ被教唆者ハ恰モ被役者ノ有様ヲ呈スル者ナリ故ニ却テ教唆者ヲ罰スルノ正當ナルヲ知ルヘシ以上ノ理由ヨリ論シ來レハ教唆者ヲ實行者ヨリ輕ク罰スルノ理ナシ且仮令其刑ヲ輕フスルモ決シテ犯罪減少スト云フヲ得ス何トナレハ實行者ヲ重ク罰スレハ或者ノ犯罪ヲ止ムルコトアルヘシト雖トモ教唆者ハ又他ノ實行者ヲ求ムルコトアルヤ知ルヘカヲサレハナリ是レ我刑法カ教唆者ヲ正犯者ト同一ニ罰スル所以ナラシ然ラハ被教唆者ハ如何ニ之ヲ罰スル乎是レ亦實行者ナレハ尋常ノ正犯者ト同一ニ罰スヘシ蓋シ人ヨリ教唆ヲ受ケテ犯罪ヲ行フ者モ充分ニ智識アリ自由アルコトヲ假定スルヲ得ヘシ已ニ智識アリ自由アル以上ハ其智識其自由ヲ便用

シテ決意ヲナシタルニ相違ナシ已レ決意ヲ爲スノ以前ハ他人ヨリ決意ヲ與ヘタルモ其與ヘラレタル決意ニ因リテ罪ヲ犯スト犯サハトハ是亦自己ノ決意ニ因レリ故ニ之ヲ正犯人トシテ罰スルヲ要ス况ンヤ犯罪ヲ責ハ一身ニ負擔シテ之カ引受人ナレトノ原則アルニ於テヤ是レ我刑法モ佛刑法ト同一ノ所定ヲ爲シタル所以ナリ第三從犯ノ刑罰ニ付テハ大ニ反對ノ說ヲ抱持スル者アリ曰ク從犯者ハ犯罪ノ所爲自体ヲ實行スルニアラサルコトハ明カナルモ犯罪ヲ遂行セシメタル者ハ實ニ從犯者アルカ故ナリ人ヲ殺スノ器具ヲ給與シタル者ハ從犯者ナリ物ヲ盜ムノ場所ニ誘導シ其方法ヲ指示シタル者ハ從犯者ナリ故ニ犯罪ヲ幫助又ハ容易ナラシメタル所爲ト犯罪ノ實行トハ恰シト原因結果ノ關係ヲ有ス原因ヲナシタル教唆者ハ結果ヲ現ハシタル實行者ト同一ノ責任ヲ負フト同シク從犯者モ亦均シク實行者カ現ハシタル結果ノ原因ヲ爲シタルモノナレハ實行者即チ正犯ト同一ニ罰セサルヘカラス加之其惡意ノ程度モ亦正犯者ト異ナル所ナシ已レ人ノ犯罪ヲ實行スルコトヲ知リナカラ其犯罪ヲ遂行セシムルカ爲メニ種々

ノ助力ヲ爲スハ其惡意ヲ決シテ小ナリトセス故ニ正犯者ト同一ニ罰セサルハカラス
然レトモ此說ハ大ニ攻撃ヲ受ケ我草按者モ之ニ反對シテ其理由ハ第一惡意ハ事實上正犯者ト從犯者ト同一ナリト云フヲ得ス竊盜ヲ爲スコトヲ知リツト合鍵ヲ作ルノ惡意ト自ラ進シテ竊盜ヲ爲スノ惡意ト果シテ同一ナリト云フヲ得ル乎加之若シ正犯者ト同一ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルトキハ犯罪ノ數ヲ増加シ且容易ニ犯罪ヲ成就セシムルコトヲ得ル例ヘハ甲アリ乙ニ向ヒ余ハ竊盜ヲ犯サントス乞フ梯子ヲ荷擔シ來レト云ハシ若シ甲乙同一ノ刑ニ處罰セラレハ乙ハ管ニ梯子ヲ荷擔スルニ止マラスシテ躬ヲ犯所ニ莅シテ共ニ犯罪ヲ實行スルナルヘシ故ニ一人ニテ犯罪ヲ行ハントスル時ニ二人ニテ之ヲ行フニ至リ隨テ容易ニ其犯罪ヲ遂行セシメ却テ社會ノ危險ヲ増進スルニ至ラン且又從犯ノ所爲タル犯罪ノ實行ニ直接ナル所爲ニアラスレテ間接ノ所爲ナリ故ニ仮令從犯者ヲ重罰スルハ從犯者ノ數ヲ減殺シ得ヘキモ決シテ正犯者ノ數ヲ減殺スルコトヲ得ス語ヲ變ヘテ之ヲ言ヘハ正犯者ヲ同一ノ刑ヲ以テ罰スルトキハ或

ハ從犯者ノ數ヲ減少スルヤ知ルヘカラスト雖トモ之カ爲メニ正犯者ノ數ヲ減少スルニ足ラス何トナレハ從犯ノ所爲ハ犯罪ニ必要ナル所爲ニ非サレハナリ雖チ正犯者自ラ犯罪ノ所爲ヲ行ヘハナリ故ニ從犯者ノ數ヲ減少スルノ見込ヲ以テ正犯者ヲ同一ノ刑ニ處スルハ正シキヲ得タル者ニ非サルナリ我刑法ハ此理由ニ基キ從犯者ノ刑ハ正犯者ノ刑ヨリ一等ヲ輕減セリ
以上正犯者及ヒ教唆者ハ如何ナル刑ヲ以テ處罰スヘキ乎ヲ説了セリ左ニ尙ホ二三ノ注意ヲ述ヘシ
第一ニ注意スヘキハ教唆者及從犯者ヲ罰スルニハ正犯者ノ所爲其期シタル所ト合致スルヲ要ス此規定ハ蓋シ正當ナリ何トナレハ教唆者及從犯者ハ間接ニ正犯者カ實行シタル犯罪ヲ教唆シ之ヲ補助シ若クハ容易ナラシメタルノ觀アルモ其期セサル事ニ付テハ意思ナケレハナリ然レトモ恰當ニ此決定ヲ適用セントスルニ至テハ大ニ困難ナリ例之ハ今竊盜ヲ爲サントスル者ノ爲メニ合鍵ヲ作リタリトセンニ其竊盜ヲ爲スノ事ハ知丁シタルニ相違ナシ然ルニ正犯者其合鍵ヲ以テ門戸ヲ開キ家内ニ闖入シテ強盜ヲ爲シ又ハ殺人ヲ爲シタルハ

如何又教唆者窃盜ヲ教唆セシニ實行者強盜殺人ヲ爲シタルトキハ如何ニ處罰スヘキ乎教唆者及從犯者ハ元來惡事ナルコトヲ知リテ、窃盜ヲ教唆シ之ヲ幫助シタルカ故ニ他ノ犯罪ヲ爲シタルトキモ亦總テ其責任ヲ負ハサル可ヲサル乎蓋シ教唆者從犯者ハ素ト惡意アルニ相違ナシ然レトモ其豫知セサル所ノ犯罪ニ付テ尙其責任ヲ負ハシムルハ甚タ苛刻ニ失スルノ恐アリ故ニ其責任ヲ所ノ責任ハ教唆者ハ己レノ指示セル事柄ニ限リ又從犯者ハ其間知シタル犯罪ニ付テリミ之カ責任ヲ負擔スル者ト爲サハルヘカラス然ラハ絶對ニ其明示シタル事其間知シタル事ニ付テリミ之カ責任ヲ負擔セシムヘキ乎ト例之ハ汝往テ甲ヲ毆打スヘシト教唆シ又余某ヲ打タント欲スルカ故ニ刀劔ヲ貸與セヨトノ請ニ應ジタルニ其者毆打ノ過度ナルヨリ竟ニ死ニ至ラシメタル如キ場合ハ教唆者及從犯者ハ假令教ヘス間知スト雖トモ尙其責任ニ任セサルヘカラス何トナレハ是等ハ通常在ルヘキ事ニシテ豫メ之ヲ期セスト云フヘカラサレハナリ又假令豫メ期セサリシ犯罪ヲ爲スモ其犯罪ハ教唆ノ餘勢ナレハ全ク教唆者ノ責ヲ免レシムルヲ得ス例之ハ毆打ヲ教唆シタルニ謀故殺ヲ實行シタル場合ノ如シ然レトモ

謀故殺ハ期セサル所ナレハナリ故ニ教唆シタル犯罪ニ付テ責任ヲ負ハシム(第百八條第一項及第二項)

右ニ反シテ所犯教唆シタル罪又ハ幫助セントシタル罪ヨリ輕キ時ハ如何即チ強盜ヲ教唆シタルニ窃盜ヲ犯シ殺人ノ幫助ヲ與ヘタルニ毆打ニ止マリタル場合ノ如キハ如何ニ其教唆者從犯者ヲ處斷スヘキ乎ト教唆者ニ付テハ第百八條第三項ニ所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ處ノ罪ニ從テ刑ヲ科スト規定セルヲ以テ無論窃盜ニテ罰セサルヘカラス何トナレハ強盜ハ只ニ無形上ノ意思ノミニ止マリ其意思未タ有形上ノ所爲ニ發表セサレハナリ故ニ其有形上ノ所爲ニ發表シタル事ノミニ付テ之ヲ罰セサル可カラス又從犯者ハ如此規定ナシト雖トモ己レ幫助シタル犯罪カ原因トナリテ他ノ犯罪ヲ犯シタルトキハ其損害ハ己レ加功ヲナシ且ツ惡意モ充分ニ具備スルヲ以テ教唆者ノ例ニヨリテ現ニ行フ所ノ輕キ罪ニ從テ罰スルヲ以テ至當ナリトス以上述フルカ如ク正犯者ノ實行シタル犯罪ニシテ教唆者カ教唆シタル罪ト異ナリ或ハ重ク或ハ輕キトキハ共ニ輕キ罪ノ責ヲ負ハシムルニハ其指示シタル

罪ト現ニ行フ所ノ罪ト同一ノ性質ヲ具フルコトヲ必要トス而シテ如何ナル場合ニ其指示シタル罪ト實行シタル罪ト同一ノ性質ヲ有スト云ニ至リテハ事實ノ問題ニ屬シ豫メ之ヲ一定スルヲ得ス然レトモ彼ノ竊盜ヲ教唆シタルニ人ヲ殺シ殺人ヲ教唆セシニ強盜ヲ爲シタル如キハ常ニ教唆者ハ其實ニ任スルコトナレ何トナレハ二ノ所爲大ニ懸隔アルヲ以テナリ此点ニ付種々ノ問題ヲ生スルコトアルヘシト雖トモ今其一ヲ舉クルニ止メン甲ノ家内ニ闖入シテ強盜ヲ爲スヘシト教唆シタルニ乙ノ家内ニテ同罪ヲ犯シタルトキハ如何此時ハ教唆者ヲ罰セサルヘカラス然ラハ如此犯罪ノ性質同一ナルトキハ凡テ教唆者ニ責任アル乎曰ク然ラス例ヘハ甲アリ乙ニ向テ丙ヲ斬殺スヘシト教唆セシニ乙丁ニ仇怨アルヲ以テ遂ニ丁ヲ斬殺シタル場合ノ如キハ余教唆者ヲ無罪ナリト斷言セントス何トナレハ乙カ丁ヲ斬殺シタルハ全ク甲即チ教唆者カ決意ヲ與ヘタリト云フヲ得ス甲ノ教唆ハ單ニ乙カ丁ヲ斬殺スルノ端緒ヲ開キタルニ過キサレハナリ故ニ罪質同一ナリトテ必ス教唆者ヲ罰スヘシト云フヲ得サルナリ之ヲ要スルニ是等ノ判定ハ全ク事實ノ問題ニ屬シ教唆者カ指定以外ノ所爲ハ果シ

テ指定シタル所爲ト繼續シテ直接ノ原因結果ノ關係ヲ有スル乎將タ間接ノ原因結果ノ關係ヲ有スル乎ヲ深思熟考シテ之カ有罪無罪ヲ斷定セサルヘカラス

教唆者及從犯人ヲ罰スルニハ正犯者ノ所爲ニ科スヘキ刑ヲ以テ基本トシ或ハ同刑或ハ一等減ノ刑ニ處スルハ既ニ之ヲ述ヘタリ然ルニ犯罪ハ無形ノ意思ト有形ノ事實トヨリ成立ツモノナレハ刑ノ輕重モ亦自然意思ト事實トヲ斟酌シテ之ヲ定メタルモノナリ而シテ意思上ニ關スル刑ノ加重ニ付テハ同一ノ犯罪ニ付テハ總テノ犯人ニ及フモノアリ又或犯人ニノミ及フヘキモノアリ其總テノ犯人ニ一樣ナル惡意ヲ度トシテ定メタル刑ノ加重ハ教唆者ナルト正從犯人タルトヲ問ハス皆ナ其加重シタル刑ヲ以テ罰スト雖トモ或犯人ニ特別ナル惡意アリトシテ重刑ヲ科スヘキトキハ他ノ教唆者從犯者ニ及ホスコトヲ得ス若シ夫レ事實上ノ理由ニヨリテ加重スル刑ニ至リテハ固ヨリ總テノ共犯者ニ及フヘシ今事實ニ因テ刑ヲ加重スル場合ヲ假定セシニ通常ノ竊盜犯ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ナルモ門戶牆壁ヲ踰越シテ人ノ邸宅ニ入り竊盜ヲ犯シタ

ルトキハ其實意思共ニ通常ノ犯人ヨリ危險頑惡ナルヲ以テ之ヲ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ以テ其刑ヲ重クセリ又殺人罪中ニモ豫メ謀テ人ヲ殺スカ又ハ毒物ヲ施シテ人ヲ毒殺スル如キハ故殺罪ヨリ其害大ナルモノトシテ之ヲ重罰セリ是等ノ加重ハ門戶牆壁ヲ踰越シタルノ事實豫メ謀リタルノ事實及ヒ毒物ヲ用非タルノ事實ニヨルモノナレハ教唆者從犯者ニモ及ホサハルヲ得ス

此ノ如ク事實ニ基ク刑ノ加重ハ他ノ正犯人從犯人及ヒ教唆者ニ及ホスヘシト雖トモ唯一ノ例外トシテ教唆者及ヒ從犯人ニ及ホスヲ得サル加重アリ即チ犯人ノ多數ニ因リテ刑ヲ加重スヘキ場合はナリ此場合ニ付テハ第七百七條ニ於テ教唆者ノ事ノミヲ規定シ一言從犯人ノ點ニ及ハスト雖トモ從犯人モ亦教唆者ノ如ク犯罪ヲ實行セシ者ニアラサレハ教唆者ト同様ニ決セサルヘカラス其理由ハ犯人ノ多數ナルカ故ニ刑ヲ加重スル所以ノモノハ犯人多ケレハ多キ程犯罪ノ成就ヲ容易ニシ社會ノ危害大ナルヲ以テナリ然ルニ教唆者及從犯人ハ共ニ犯罪ノ實行ニ關係スル者ニアラサレハ其多數ヨリ生スル危險ヲ恐ルニ足

ラス是レ教唆者及從犯人ノ刑ヲ加重セサル所以ナリ

犯人ニ特別ナル意思ニ關シテ刑ヲ加重スル場合ニ種々アリ今之カ數例ヲ舉示セン一タヒ刑辟ニ觸レテ后又罪ヲ犯ストキハ一等ヲ加重シテ其者ヲ懲罰是レ其再犯人ハ特別ニ惡意ノ大ナルヲ見ルニ足レハナリ又通常人ヨリ官吏ヲ重ク罰スルコトアリ例ヘハ通常人カ人ヨリ委托セラレタル金穀物件ヲ費消シタルトキハ輕罪トシテ之ヲ罰スルモ官吏此罪ヲ犯ストキハ重罪トシテ之ヲ罰スル是レ亦其惡意重キヲ以テナリ其他醫師カ診斷書ヲ偽造スル如キ職掌ヨリシテ加重サルコトアリ子カ父母ヲ殺スカ如キ德義ニ基テ加重スルコトアリ蓋シ醫師ハ己レノ診斷セシ所ニ由リテ之カ疾病證書ヲ作ルノ義務アルニ此義務ニ背テ偽造證書ヲ作ルカ如キ子ノ其親ヲ尊敬スルハ一般ノ正理ナルニ却テ其親ヲ殺スカ如キ共ニ其惡意ノ重大ナルヲ明カナリ故ニ此等ノ罪ハ重ク之ヲ罰セリ之ト同シク刑ノ減輕モ亦犯人一己ノ意思ニ關スルモノ多シ彼ノ親族相盜ノ如キ其所爲ハ竊盜ナルモ他人ノ物ヲ竊取スルニ比スレハ其惡意淺シ自首減輕ノ如キモ犯人ノ悔悟セシヤ否ヤハ判然之ヲ知ルコトヲ得スト雖トモ自ラ進ンテ自

己ノ惡事ヲ首出スル者ハ之ヲ隱匿スル者ニ比シテ惡意少ナシト云ハサルヲ得
 ス其他宥恕減輕ノ如キハ隨分事實ニ原因シテ宥恕スルコトナシトセサルモ能
 ク之ヲ咀嚼スルトキハ大概意思ニ關スルモノ多シ又假令意思ニ關セスレテ全
 ク事實ニ關スルコトアリトスルモ這ハ皆其人一己ニ關スルモノナルヲ以テ他
 ノ共犯人ニ輕減ヲ及ホスコトヲ得ス

此等或犯人ニ特別ナル惡意ノ大小ニヨリテ刑ヲ輕重スルハ其結果其者一人ニ
 止マリ他ノ共犯者ニ及スヲ得サルノ理由ハ誠ニ明カナリ何トナレハ其加重減
 輕ノ原因ニシテ其者ニ特別ナル以上ハ其原因ヲ有セサル者ニ影響ヲ及ホスノ
 理ナケレハナリ第百六條ハ單ニ加重スヘキ場合ノミヲ規定シ減輕スヘキ場合
 ニ付テハ一言セス然レトモ正犯人ノ一人ノミ其刑ヲ輕減スルノ理由アリテ他
 ノ正犯人從犯人及ヒ教唆者ニ輕減スルノ理由ナキトキハ又第百六條ヲ適用シ
 テ其者何等ノ影響ヲ受クルヲ得スト決セサルヘカラス
 時トシテ或身分ニ因リテ一罪ヲ構成スルコトアリ子カ親ニ孝養ヲ欠クノ罪ノ
 如シ此種ノ犯罪又ハ幫助シタル教唆者及從犯人ハ如何余ハ刑ヲ加重スルノ理

由ハ或ル人ニ付テノミ罪ヲ構成スル場合ニモ之ヲ適用シ得ヘシト信ス何トナ
 レハ子タルモノカ親ニ對シテ孝養ヲ欠クハ其所爲社會ニ危險ニシテ惡意亦極
 メテ大ナルカ故ニ法律其子ヲ懲罰スルモ子タラサルモノカ奉養セサルハ好ミ
 スヘキ事ニ非スト雖トモ亦決シテ之ヲ罪トスルコトヲ得ス富者吝嗇ニシテ貧
 人ヲ救恤セサルモ之ヲ罪トシ罰セサルト一ナリ孝養ヲ欠クノ罪ヲ教唆スル者
 又ハ之ヲ幫助シタル者モ亦然リ子ヨリ親ニ對シテ云フトキハ其惡意甚タ重大
 ナリト雖トモ教唆者從犯者ニ在テハ他人ニ對シテ吝嗇ナルノミナレハ惡意ア
 リタリトシテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ況ンヤ教唆者ノ如キハ其子縱令教
 唆ヲ受クルモ己レ子タル身分ニ因リテ其教唆ヲ聞カサルノ德義ヲ解スル智識
 アリ自由アルニモ拘ハラス此罪ヲ犯ス之ヲ教唆者ニ比スレハ其危險何レカ大
 ナルヤ言ヲ待タスニテ明カナリ或ハ曰ク他人ニ奉養セサルハ可ナリ然レトモ
 子ヲシテ奉養ヲ欠カシムルハ其害大ナリ余モ亦其害ノ大ナルコトヲ知ル然レ
 トモ子ヲシテ父ヲ毆打セシムルハ其害他人ヲ毆打セシムルヨリ大ナリ然ルニ
 我刑法ハ其刑ヲ加重セス故ニ無罪ノ場合モ亦同一ニ決定セサル可ラス

終ニ臨ミ一言スヘキモノアリ即チ教唆者ノ教唆者ハ之ヲ罰スルヲ得ル乎從犯人ノ教唆者ハ之ヲ罰スルヲ得ル乎從犯人ハ之ヲ罰スルヲ得ル乎余ノ考フル所ニ依レハ教唆者ノ教唆者ハ必ス之ヲ罰スルコトヲ得ヘシト信ス然ラハ何レノ時ニ其罪組成スルモノナルヤト云フニ第二ノ教唆者カ實行者ニ罪ヲ教唆スルトキニ非スシテ其教唆ノ行ハレテ實行アリタルトキナリ故ニ二人ノ教唆者ハ同時ニ其罪成立スルヲ見ルヘシ然ルニ教唆者ノ教唆者ハ現實ナル犯罪ヲ行ハシメタルニアラサルヲ以テ之ヲ罰スルヲ得サルカ如シ然レトモ第一ニ道理上ヨリ見ルモ之ヲ罰スルヲ得ス第一ノ教唆者ハ實ニ犯罪ノ創造者ナリ此者ナケレハ第二ノ教唆者ナク隨テ實行者モ之レナキナリ是レ道理上此教唆者ヲ罰スル所以ナリ次ニ第百五條ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ之ヲ正犯トストアリ然ルニ教唆ナルモノハ一ノ犯罪行為ナリ故ニ第一ノ教唆者ニ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ト云フテ不可ナキナリ豈ニ其罪構成セサルノ道理アラシヤ然レトモ第二ノ教唆者カ實行者ニ教唆レテ其所爲ヲ實行セサル間ハ教唆ノ罪未タ成就セス故ニ第一ノ教唆モ正犯者カ其所爲

ヲ實行シテ始メテ其罪成立スヘシ

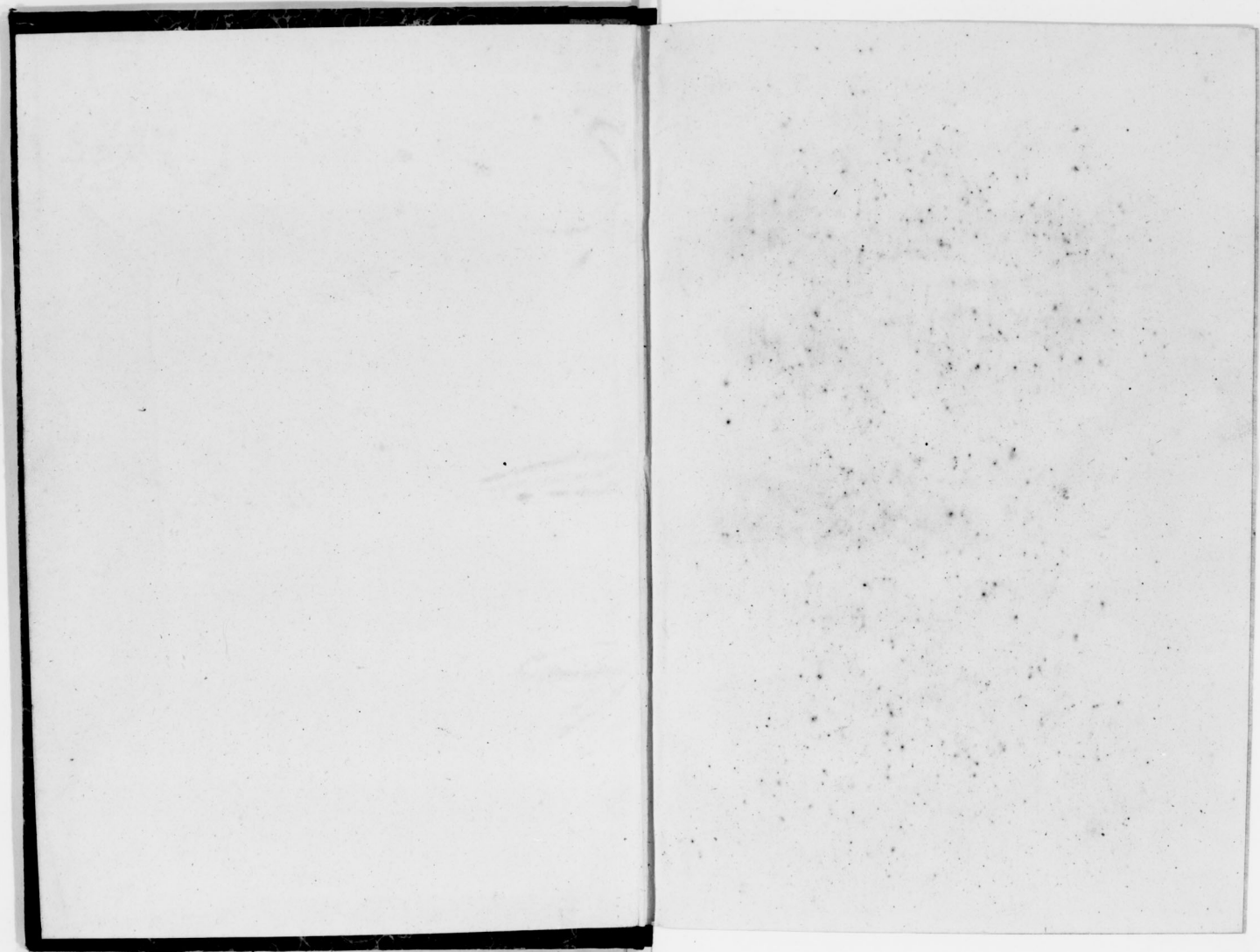
從犯人ノ教唆者ハ往々正犯人ナルヲ通例トス故ニ此問題ハ實際上左程利益ナシ然レトモ亦利益アル場合アリ即チ從犯人ハ正犯人ニ委頼セラレタルニ非スシテ他ノ教唆者ヨリ其決意ヲ與ヘラルハコトナシトセス此場合ニ其教唆者ヲ罰スヘキハ猶教唆者ノ教唆者ヲ罰スルト同一理ナリ

然ラハ從犯人ノ從犯人ハ如何余ハ從犯人ノ從犯人ハ凡テ正犯人ノ從犯人ナリト云ハントス人ヲ殺スカ爲メニ用フル刀劍ヲ作ルコトヲ委頼セラレタルニ他ノ一人ニ情ヲ告ケテ手傳ヲ爲サシメタリトセン其手傳ハ刀劍ノ鍛鍊即チ豫備ノ所爲ヲ幫助シタルモ其ノ實銳利ナル刀劍ヲ作出シテ殺人ヲ容易ニシタルナリ故ニ其手傳ヲ爲シタル者ハ外形上從犯人ノ從犯人ノ如キモ其實正犯人ノ從犯人ニシテ從犯人ノ從犯人ニアラサルヤ明カナリ故ニ此者ハ通常ノ從犯人ト同一ニ罰シテ可ナリ若シ實ニ從犯人ノ從犯人ニ止マルモノハ又之ヲ罰スルヲ得ス

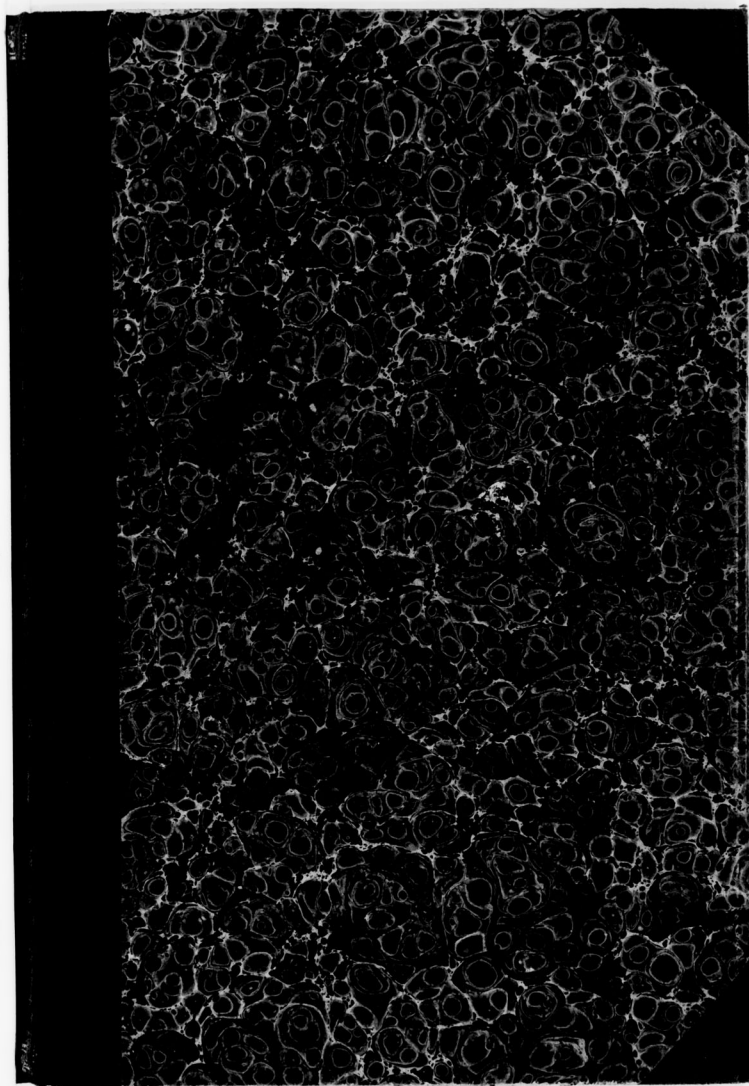
日本刑法講義
總論

三百五十

0563



0564



0565